FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

LES HYPOTHÈQUES EN TUNISIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(ès-sciences juridiques)

Président : M. LACOSTE, professeur
Suffragants { M. CÉSAR-BRU, professeur
M. FERRON, agrégé

PAR

JACQUES SCEMAMA
AVOCAT AU BARREAU DE TUNIS
Lauréat de la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille

PREMIÈRE ANNÉE DE LICENCE :
Concours de Droit Romain : 1er Prix (Médaille d'Argent)
DEUXIÈME ANNÉE DE LICENCE :
Concours de Droit Administratif : 2e Prix (Médaille de Bronze, seul prix décerné)
TROISIÈME ANNÉE DE LICENCE :
Concours de Droit Civil Français : 2e Prix (Médaille de Bronze)

TUNIS
SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE MODERNE
12 et 14, rue d'Autriche

1902

LES HYPOTHÈQUES EN TUNISIE

FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

LES HYPOTHÈQUES EN TUNISIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(ès-sciences juridiques)

Président : M. LACOSTE, professeur

Suffragants { M. CÉSAR-BRU, professeur
M. FERRON, agrégé

PAR

JACQUES SCEMAMA

AVOCAT AU BARREAU DE TUNIS

Lauréat de la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille

PREMIÈRE ANNÉE DE LICENCE :
Concours de Droit Romain : 1er Prix (Médaille d'Argent)
DEUXIÈME ANNÉE DE LICENCE :
Concours de Droit Administratif : 2e Prix (Médaille de Bronze, seul prix décerné)
TROISIÈME ANNÉE DE LICENCE :
Concours de Droit Civil Français : 2e Prix (Médaille de Bronze)

ACAD. AIX-MARS. DROIT BIBL.

TUNIS
SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE MODERNE
12 et 14, rue d'Autriche

1902

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547006_0034

ABRÉVIATIONS

Tilloy, R. A.	Répertoire alphabétique de jurisprudence, de doctrine et de législation algériennes et tunisiennes.
Robe, 1860, 15.	Journal de jurisprudence de la Cour d'appel d'Alger, année 1860, page 15.
R. A. 85, 2, 235.	Revue algérienne, tunisienne et coloniale de législation et de jurisprudence, année 1885, 2e partie, page 235.
J. T. 1895, 19.	Journal des tribunaux de la Tunisie (jusqu'au 31 décembre 1896 Journal des tribunaux français en Tunisie), année 1895, page 19.
D. 97, 2, 30.	Dalloz, Recueil périodique, année 1897, 2e partie, page 30.
S. 77, 1, 5.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts, année 1877, 1re partie, page 5.
T. 19 avril 1893.	Jugement du tribunal de Tunis, en date du 19 avril 1893.

AVANT-PROPOS

Par l'établissement de son protectorat sur la Tunisie la France a ouvert à la colonisation des champs nouveaux.

Admirablement située, presque aux portes de la Métropole, la Régence offrait à l'émigration française des plaines immenses complètement abandonnées qui n'attendaient pour les vivifier et les rendre productives que la main d'hommes actifs et intelligents.

Mais l'on s'aperçut, dès les premières années du Protectorat, des difficultés que rencontraient les acquéreurs de terres et les capitalistes dans l'organisation rudimentaire et défectueuse de la propriété indigène. Ainsi que le constatait M. le Résident Général Cambon, deux causes contribuaient à rendre précaire la situation du propriétaire foncier et à paralyser l'essor économique du pays : l'assiette incertaine de la propriété et l'absence de tout système de publicité hypothécaire.

L'Administration chargée par le Gouvernement de la République d'organiser le Protectorat de la France en Tunisie se préoccupa de procéder à la confection d'un régime foncier qui, par la sécurité de possession qu'il assure, permît à l'Européen de mettre en valeur les richesses du sol.

Ses efforts aboutirent à l'édification de la loi du 1er juillet 1885, véritable code de la propriété.

Cette loi est, toutefois, déclarée facultative : tout possesseur de droits réels restera libre de conserver sa situa-

tion immobilière. « On n'entend nullement, dit M. Cam-
« bon, imposer le régime nouveau aux propriétaires qui
« ne voudraient pas l'accepter. On laisse à l'initiative
« privée le soin de se prononcer entre l'ancienne et la
« nouvelle législation. Ce système a l'avantage de ne
« point modifier brusquement les coutumes et les tra-
« ditions des indigènes ; il laisse au temps et à l'expé-
« rience le soin de leur démontrer l'avantage des lois
« nouvelles ; mais il fournit, dès à présent, aux Euro-
« péens et aux capitalistes les sécurités qui leur sont
« nécessaires ».

Ainsi deux statuts immobiliers coexistent actuellement dans la Régence : celui des immeubles non immatriculés, régi par le droit musulman tunisien et celui des immeubles immatriculés soumis à la loi nouvelle du 1er juillet 1885. A ce double système foncier correspond un double système hypothécaire qui fait l'objet de cette étude.

Notre voie est, dès lors, toute tracée. Dans une première partie nous essayerons de présenter une analyse des sûretés réelles du droit musulman tunisien et particulièrement de l'hypothèque consentie sur un immeuble non immatriculé ; nous réserverons, en appendice, un chapitre à l'examen de la réforme hypothécaire du régime musulman préconisée par l'Avant-Projet de 1899, œuvre de M. Santillana. L'étude comparative des législations hypothécaires de l'étranger auxquelles des emprunts ont été effectués par le législateur de 1885 formera la deuxième division de ce travail et constituera l'introduction, toute naturelle, de la dernière partie consacrée à l'examen du régime hypothécaire institué par la loi du 1er juillet 1885.

J. S.

PREMIÈRE PARTIE

DES HYPOTHÈQUES SUR LES IMMEUBLES NON IMMATRICULÉS

DROIT MUSULMAN TUNISIEN

PREMIÈRE PARTIE

DES HYPOTHÈQUES SUR LES IMMEUBLES NON IMMATRICULÉS

DROIT MUSULMAN TUNISIEN

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Quand on étudie la législation applicable aux immeubles non immatriculés, qui était celle de droit commun exclusif avant la promulgation de la loi du 1er juillet 1885, il est essentiel de mettre soigneusement en relief une distinction importante. Il faut tout d'abord faire la part de ce que nous appellerons le droit musulman pur, c'est-à-dire de cet ensemble de principes juridiques inscrits dans le Coran auxquels viennent s'ajouter les paroles et les enseignements du Prophète, recueillis par sa veuve Aïcha et par ses compagnons dans le livre sacré El-Sahih (l'Authentique) et interprétés par les jurisconsultes des premiers temps de l'hégire.

Mais à côté de ce droit, commun à tous les peuples de l'Islam parce que d'essence religieuse, il s'est formé peu à peu dans les milieux de son application, à la suite de transformations sociales qu'il n'avait ni prévues ni réglementées, un droit purement coutumier. Pour être empreinte d'un caractère divin, la loi coranique n'est pas, en effet aux yeux des fidèles, hostile à tout perfectionnement : elle est, au contraire, susceptible de progrès et d'innovations pour

les matières d'ordre civil qu'elle n'a point envisagées, d'extension pour celles qui ont été uniquement l'objet d'une simple indication et il appartient au Prince, au chef de l'État musulman, d'en assurer le développement au mieux de l'intérêt public. Comme on l'a fort bien dit (1) « non-seulement la loi s'ouvre à la coutume c'est-à-dire à la vie mais elle la suit dans ses modifications. Les jurisconsultes musulmans se trouvent d'accord sur ce point ». On a prétendu, dit le Khan-Bahadour, « que cette science (le droit) n'était qu'un recueil de traditions et d'exemples de ceux qui nous avaient précédés et que nous n'avions qu'à les suivre sans discussion ; ce serait réduire la science à une sorte d'histoire et ne pas lui reconnaître un objet ayant une existence indépendante.....» Dans le droit malékite « le principe général d'après Tasouli c'est qu'il faut avoir égard à l'utilité lorsqu'elle est générale et qu'elle s'impose». « Korafi parle dans le Sahih des décisions qui « se trouvent dans le système de Mâlek et de Chafei et qui « se fondent sur les coutumes et pratiques du temps où « ces décisions ont été rendues ; il se pose, à ce propos, la « question suivante : en supposant que ces usages se soient « modifiés, est-ce que les décisions qui y sont conformes, « et qui sont consignées dans les ouvrages de jurispru- « dence, ne doivent pas être réputées nulles, et ne faudra- « t-il pas décider dans le sens qui est indiqué par l'usage « nouveau? On peut dire (d'une part) : nous devons suivre « ce qui est établi car nous ne pouvons constituer la loi « *(charaâ)*, n'ayant ni la science ni l'autorité qui sont re- « quises à cet effet ; nous devons donc décider les ques- « tions qui nous sont soumises d'après ce qui se trouve « dans les ouvrages de droit. Mais à cela nous répondons : « appliquer les lois qui se fondent sur d'anciennes pra- « tiques, lorsque l'usage a changé, c'est aller à l'encontre

(1) V. le remarquable rapport de M. D. SANTILLANA, sur l'avant-projet du *Code Civil et Comuercial tunisien*. Tunis 1899.

« de l'opinion générale et prouver l'ignorance où l'on est « de la religion (eddine); c'est le contraire qui est vrai: « tout ce qui dans la loi *(charaâ)* se fonde sur les pratiques « du temps où la loi a été faite, doit changer dès que ces « conditions de fait ont changé, et suivre les pratiques « adoptées depuis ». (1) C'est ainsi qu'en Tunisie, sous l'empire des besoins des temps, de nombreuses institutions inconnues du livre sacré ou s'y trouvant seulement en germe sont nées et se sont développées, c'est ainsi que sous l'impulsion active des jurisconsultes le cadre un peu étroit de ce droit s'est élargi sans que la conscience musulmane ait eu à en souffrir. La jurisprudence des tribunaux français de Tunisie, d'un autre côté, par de remarquables décisions de principes coopéra à l'œuvre commune de progrès en fixant la coutume et en la complétant dans ses parties douteuses. Cet ensemble de règles juridiques nouvelles auxquelles viennent s'ajouter les lois émanées de l'autorité souveraine du Bey, constituent la deuxième source de la législation de la Régence pour ce qui concerne les immeubles non immatriculés.

L'une et l'autre de ces deux sources, droit musulman pur et droit coutumier forment ce qu'on est convenu de dénommer le droit musulman tunisien et président à la réglementation de l'objet de notre étude, mais à la coutume revient la part prépondérante d'influence.

Comme la plupart des législations anciennes le droit musulman a eu la notion des sûretés, soit mobilières soit immobilières, personnelles ou réelles.

C'est d'abord sous les formes primitives du gage (antichrèse et vente à réméré) que les sûretés réelles, préférées aux sûretés personnelles, se présentent dans le droit musulman. L'hypothèque, telle que la conçoit le droit moderne, avec pour principe fondamental le maintien de la pro-

(1) Rapport précité, p. VII (*Le Khan Bahadour :* Houçoul el Mamoul, TASOULI, II, 188, et s. — IBN FARHOUN, II, 69 et s.)

priété et de la possession au profit du débiteur est inconnue à l'époque contemporaine de la loi coranique : le livre sacré n'en parle pas et les manuscrits et interprétations des jurisconsultes qui nous sont parvenus n'en supposent pas l'existence. A cela, il y a, à notre avis, trois causes principales : l'absence d'un mouvement économique accentué, la prohibition du prêt à intérêt et enfin la nature juridique de l'hypothèque.

Les pays de l'Islamisme ne connurent que tardivement ce grand moteur des transactions qu'est le crédit. Eloignés volontairement de toutes relations étrangères, enfermés pour ainsi dire en eux-mêmes, ils ignorèrent longtemps l'impulsion active que donne à la vie d'un peuple le développement économique. La prohibition légale et religieuse de l'intérêt sous toutes ses formes, entre musulmans (1) en restreignant les rapports particuliers contribua à paralyser tout essor. Le droit se ressentit de cet état stationnaire et la nécessité d'une amélioration du système des garanties qu'un débiteur offre à son créancier ne se fit pas sentir.

L'Hypothèque, d'un autre côté, est une institution dont la conception suppose un raffinement de l'esprit juridique, un degré de culture intellectuelle assez prononcé. Droit réel, affectant spécialement et par préférence un bien pour la garantie d'une obligation déterminée, elle ne peut exister qu'à une époque, où analysée intimement, la propriété qui lui sert de base laisse entrevoir les avantages séparés qu'elle contient. Or, comme le constate judicieusement M. de Loy-

(1) Koran II, 276 et s. III, 159. — Le prêt à intérêt ne doit produire aucun bénéfice à peine de nullité (TOHFAT D'EBN ACEM, vers 1.306.—Traduction française HOUDAS et MARTEL (rite Malékite). — Tout prêt qui présente une utilité est un péché, IBN NADJIM (doctrine hanéfite). — L'Avant-Projet du *Code Civil et Commercial* maintient la prohibition. Entre musulmans la stipulation d'intérêt est nulle et rend nul le contrat soit qu'elle soit expresse, soit qu'elle prenne la forme d'un présent ou autre avantage fait au prêteur..... Dans les autres cas les intérêts ne sont dus que s'ils ont été stipulés par écrit. Cette stipulation est présumée lorsque l'une des parties est un commerçant (art. 1.236-1.237).

nes « ces idées sont subtiles et délicates. Elles ne peuvent « être formulées que par une intelligence fine et déliée, ha- « bituée à l'analyse, capable de créer à l'aide d'éléments « ainsi distingués et par une savante évolution des princi- « pes une combinaison nouvelle, une institution suscepti- « ble de répondre aux besoins de la pratique..... La légis- « lation primitive de tous les peuples n'a pas accueilli cette « conception. L'esprit ne comprend encore que le droit de « propriété. Ce droit absorbe toute l'utilité que peut offrir « la chose sur laquelle il porte. »

Toutes ces considérations expliquent, croyons-nous, l'absence de dispositions relatives à l'Hypothèque dans le droit musulman en même temps que la consécration ultérieure de cette garantie par la pratique tunisienne. Lorsque les relations économiques entre l'Islam et la Chrétienneté furent établies sur une large base, donnant aux capitaux de variables et continuels déplacements, lorsque la prohibition du prêt à intérêt perdit de son rigorisme (1), lorsque, enfin, la notion des droits réels a été dégagée, l'extension du crédit réel devenait inévitable : parallèlement à l'antichrèse et à la vente à réméré apparut bientôt, œuvre essentiellement coutumière, une institution qui étant donnés les caractères que lui a imprimés la jurisprudence des Tribunaux français de Tunisie, peut être sans hardiesse appelée hypothèque. A dire vrai, rien ne nous indique l'époque de son introduction : ce qui nous semble certain c'est qu'elle a été le dernier terme d'une évolution lente et continue.

L'examen rapide des diverses formes du nantissement qui ont précédé l'Hypothèque — antichrèse et vente à réméré — permettra d'en faire ressortir l'importance et l'opportunité.

(1) A cet égard une évolution remarquable s'est accomplie peu à peu dans la doctrine hanéfite ; il est permis de payer des intérêts en cas de nécessité ; HAMAOUI sur IBN-NADJIM, I, 189 (Avant-Projet op. cit. p. 447).

CHAPITRE PREMIER

Antichrèse et Vente à réméré

RAHN-EL-ANTIFAA et BAY-ETTOUNIA ou BAY-EL-OUAFA

Sous la dénomination générale de RAHN le droit musulman comprend toute convention par laquelle un bien est affecté au profit d'un créancier pour la sûreté de l'acquittement d'une obligation. Il est défini de diverses manières par les auteurs. Le rahn, lit-on dans la Tohfat d'Ebn Acem, c'est ce qui garantit le droit d'un créancier. Ibn Arfa en donne une définition plus précise : « le rahn est une valeur patrimoniale qui est remise au pouvoir de quelqu'un pour sûreté d'une dette. »

Il se présente dans les écrits des jurisconsultes, avons-nous fait remarquer au début, sous deux formes : le nantissement proprement dit ou antichrèse appelé par plusieurs auteurs de droit musulman RAHN-EL-ANTIFAA, et la vente à réméré connue dans le rite malékite sous le nom de BAY ETTOUNIA et dans le rite hanéfite sous celui de BAY-EL-OUAFA (1). Nous réserverons la dénomination de RAHNIA

(1) Les quatre imams Hanifa, Malek, Chafeï et Hambal, qui ont donné leur nom aux quatre rites orthodoxes de l'Islam, ont vécu aux I^er^ et II^e^ siècles de l'Hégire (VIII^e^ au IX^e^ siècle de l'ère chrétienne). Abou Hanifa, connu aussi sous le nom d'Imami-Azam, naquit en 80 de l'Hégire ; il professa à Bagdad, où il mourut en l'an 150 ; sa doctrine est suivie par les habitants de la Turquie. L'imam Malek est né à Medine, en 90 ou 95 et est mort en 179 : l'Algérie et la Tunisie et la plupart des villes saintes de l'Yemen, de Tripoli, appartiennent à ce rite. Chafeï, né en 150 mourut en 204 ; son école prévaut dans le Kurdistan, sur la frontière persane de la Turquie. Hambal, né en 1649, mort en 241, à Balch, en Arabie, dispute le Maroc à l'influence de Malek. Le rite Hambalite règne à Java (BESSON, *Législation civile de l'Algérie,* p. 22).

actuellement consacrée par la pratique tunisienne à l'hypothèque du droit coutumier.

La vente à réméré et l'antichrèse sont soumises à des conditions communes de validité : la qualité de propriétaire chez le débiteur, sa capacité, la remise de la possession, l'aptitude de la chose à en être grevée forment des éléments essentiels en l'absence desquels le nantissement ne saurait produire d'effets.

1° Pour que le nantissement soit valable, est-il énoncé dans l'art. 531 du Code civil tunisien, du 26 avril 1861 (15 chaoual 1277), il faut que le débiteur soit le propriétaire absolu de la chose. Le nantissement de la chose d'autrui, sans le consentement de son propriétaire, est nul et donne lieu à restitution.

2° La constitution d'un nantissement suppose nécessairement une certaine capacité, celle d'aliéner dit Khallil. Le mineur propriétaire ne pouvant aliéner ne peut consentir une telle sûreté mais le nantissement donné par le père des biens de ses enfants mineurs est valable et ce même, d'après les Hanéfites, pour ses dettes personnelles (arg. art. 504 Code précité). Il y a controverse sur ce point en ce qui concerne les tuteurs et curateurs. D'après le rite malékite le droit de grever de nantissement les immeubles de l'incapable leur est reconnu lorsqu'il y a nécessité impérieuse, par exemple pour subvenir aux besoins du pupille. Cette solution n'est admise, dans le rite hanéfite, que sous la réserve de l'approbation du juge. Nous croyons par argument d'analogie tiré de ce qui est décidé en matière de vente que le Code civil de 1861 a consacré cette dernière interprétation (arg. art. 504). Sur la capacité de la femme mariée en cette matière le même code est précis : la validité du nantissement qu'elle concède est subordonnée à l'autorisation maritale. L'art. 120 porte en effet que « les plaintes dans les affaires civiles telles que vente, achat, prêt, gage, hypothèque, garantie, novation de dettes, portées devant le Tribunal contre une femme ma-

riée, ne seront reçues qu'autant que ces affaires auront été faites avec le consentement du mari, qui devra le déclarer par écrit sur l'acte ou l'obligation. Le consentement du mari n'implique pas sa garantie à moins que cela ne soit stipulé formellement dans l'acte même ou dans une autre pièce... La femme est libre d'administrer ses biens comme elle l'entend mais il lui est défendu de contracter des dettes. »

3° Dans le nantissement, la propriété demeure fixée sur la tête du débiteur ou du tiers qui a affecté sa chose pour la garantie de la dette d'autrui (Ibn Arfa, ap. Zarkani, v. 249) : par l'effet de ce contrat il se produit uniquement une remise de la possession. Mais ce transfert de la possession est une condition à l'accomplissement de laquelle la perfection de l'antichrèse et de la vente a réméré est subordonnée. Aux termes de l'art. 532 du Code civil tunisien de 1861, lorsqu'il s'agira de choses immobilières (1) elles devront être en la possession du créancier qui sera obligé de les restituer dans un état conforme à celui spécifié dans le titre dont il sera porteur. ». La dépossession du débiteur est donc nécessaire mais la manière dont elle s'opère importe peu : il y a mise en possession, dit Ebn Acem, quand la chose engagée a été, même antérieurement, l'objet d'un colonat partiaire ou d'un autre contrat analogue (vers 234). Et voici l'interprétation que ses éminents traducteurs MM. Houdas et Martel donnent de ce texte. L'auteur suppose le cas suivant : je vous constitue en gage mon champ ou ma maison mais déjà vous l'occupiez par suite d'un colonat partiaire ou d'un contrat analogue comme une location. La mise en possession est en quelque sorte faite d'avance : vous étiez détenteur au nom d'autrui, vous deviendrez possesseur dès que sera conclu le contrat de gage.

(1) Le nantissement d'une chose mobilière se parfait également d'aprés la coutume tunisienne par la remise de la chose qui en est l'objet au pouvoir du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties (KHALLIL, III, 516 et s. — MEDJELLA, 706, art. 1.788 de l'Avant-Projet).

Il y a là un cas de tradition *nuda voluntate* (1). Il en est de même de la simple mise de l'immeuble à la disposition du créancier : elle rend parfait le contrat et constitue délivrance.

4° Enfin le bien donné en nantissement doit être susceptible d'une semblable affectation. Une condition essentielle, dit Ebn Acem, c'est que la chose remise en gage soit de celle qu'il est possible de donner en paiement d'une obligation (vers 235). Sidi-Khallil considérant ce qui se produit en cas de non-payement de la dette garantie déclare que « le nantissement est la remise faite pour sûreté d'une obligation par un débiteur capable d'aliéner..... d'une chose dont la vente soit licite, encore qu'elle soit aléatoire » (2). La doctrine hanéfite est dans le même sens. « L'objet du nantissement doit être susceptible d'être vendu ; il faut donc qu'il soit existant, qu'il ait une valeur patrimoniale et qu'il puisse être livré au moment du contrat » (3).

§ I

Antichrèse

RAHN-EL-ANTIFAA

L'antichrèse qui est une forme du nantissement est une convention par laquelle un créancier reçoit du propriétaire d'un bien, meuble ou immeuble, la possession de ce bien pour la garantie du payement d'une dette et a droit aux fruits mais à la condition, du moins en principe, de les imputer sur le capital de la dette. Le créancier n'est dispensé d'imputation que lorsque l'antichrèse a été constituée

(1) Tohfat d'Ebn Acem, op. cit. p. 115.

(2) Khallil. Traduction française de Seignette, n° 36. 8, p. 115.

(3) Medjella, 709; Eddor el Mokhtar, v. 424, 434 et 436, cités dans l'Avant-Projet dont l'art. 1.773 dispose dans un sens identique ; « Tout ce qui peut être valablement aliéné peut être objet de nantissement. »

pour assurer l'acquittement du prix d'une vente à crédit (1). Telle est surtout la règle dans le rite malékite (2). Lorsqu'il s'agit d'un mutuum et de toute autre convention en vue desquels antichrèse a été concédée, le créancier ne peut avoir la jouissance du gage qu'à la charge d'imputer les fruits perçus sur le capital de la dette. Toute stipulation contraire serait nulle comme étant une violation déguisée du principe de la prohibition du prêt à intérêt. En d'autres termes bien que l'on fût convenu que le créancier antichrésiste percevrait les fruits définitivement, le débiteur n'en était pas moins fondé en acquittant la dette à exiger le compte des fruits qui auraient été perçus. Il est permis de convenir, dit Ebn Acem, que le créancier pourra jouir et user du gage à moins que la créance ne provienne..... d'un prêt (vers. 237 et 239).

Sous réserve de cette particularité l'antichrèse demeure soumise aux conditions générales de validité ci-dessus exprimées.

Droits du créancier antichrésiste

1° Le créancier antichrésiste a la jouissance de la chose qui lui a été donnée en nantissement mais si la dette garantie ne résulte pas d'une vente à crédit, il doit imputer les fruits sur le capital de la créance;

2° Il a en second lieu le droit de retenir la chose jusqu'au payement de l'obligation. Ce droit de rétention lui est formellement et unanimement reconnu. (Lettre de Monseigneur Ahmed, fils d'El Khodja, Cheik-El-Islam du rite hanéfite dans la Régence de Tunis (3). Il est à peine besoin

(1) Ḵhallil III, 506 et s. — Tasouli, I, 170. — Touati, 146. — (Traduction française de M. Abribat).

(2) Le rite hanéfite prohibe la stipulation expresse d'antichrèse : il n'admet que l'antichrèse tacite ou de fait. Radd el Mehtar, IV, 242. — Avant-projet, art. 1954.

(3) Traduction Goguyer, *Choix splendide de préceptes recueillis dans la loi.* Tunis, 1885, n° 60.

de dire que la fin de non-recevoir invoquée en vertu de ce droit ne sera pas opposable au débiteur, sauf clause contraire, pour une dette autre que celle pour laquelle l'antichrèse a été constituée : il y a là une application normale et incontestable tant de la convention que de la commune intention des parties. (Rite hanéfite, Medjella, 714. — Radd el Mohktar, V. 463. — Rite malékite, Zarkani, V. 242. — Zeys, traité élémentaire de droit musulman, I, n° 329).

Le droit de rétention est indivisible de sa nature : en cas de payement partiel, dit Ebn Acem, le gage subsiste pour ce qui reste dû et il n'y a pas lieu de rendre au constituant l'équivalent de ce qui a été payé (1). Ce principe est reproduit sous la forme d'une disposition légale dans le Code Civil tunisien de 1861 : l'art. 536 supposant que l'objet du nantissement est divisible porte que : « le débiteur qui aura payé un acompte ne pourra pas exiger du créancier une restitution proportionnelle des choses à lui remises pour sûrcté de la dette à moins d'une convention expresse » ;

3° Le droit de vendre ou de faire vendre la chose engagée en cas de non-payement de la dette appartient au créancier antichrésiste. Ce droit est de l'essence du nantissement et une clause qui l'interdirait serait absolument inefficace. (Khelil, III, 522).

Il peut résulter de la convention ou d'une décision judiciaire, telle est la distinction que l'on trouve dans l'art. 538 du Code Civil tunisien de 1861.

a) « Il sera fait suivant la convention si le débiteur a chargé le créancier de vendre la chose en cas de non-payement. (art. 538, § I.) C'est une question très controversée en droit musulman que celle de savoir si le mandat de vendre peut être valablement inséré dans l'acte constitutif d'antichrèse. La négative est soutenue par Ebn Acem :

(1) Ebn Acem, op. cit., vers. 245.

une telle autorisation ne sort à effet, d'après ce jurisconsulte, que lorsqu'elle a été donnée avant l'échéance mais postérieurement à la date du contrat principal. On craint, ajoutent MM. Houdas et Martel, qu'une contrainte morale ne puisse être exercée sur le constituant si l'on pouvait obtenir de lui l'autorisation de vendre soit au moment où il traite, soit après l'échéance de l'obligation, alors que n'ayant pas payé, il est sous le coup de poursuites. Les auteurs du Code Civil tunisien de 1861 ne se sont pas, à juste raison,arrêtés à ce scrupule et admettent cette clause dans la convention même. En ce sens Khalil, III, 543 et s.

Mais tous les jurisconsultes sont unanimes à prohiber le pacte commissoire : comme en droit français il ne peut être valablement convenu que le créancier sera de plein droit propriétaire du bien nanti par le seul fait du non-payement de la dette à l'échéance (Rite malékite : Ebn Acem, trad. fr. n° 246. — Khalil, III, 544. — Taoudi, I, 178. — Zeys, droit musulman I, n° 334.—Rite hanéfite,Medjella, 759), En revanche, le payement de la dette par le débiteur a pour effet direct et immédiat le retour à celui-ci de la chose donnée en nantissement et la rétention par le créancier de l'acte de rahn n'infirmerait pas la preuve de la libération faite d'ailleurs selon les formes de la loi musulmane, notamment par un acte de notoriété devant le cadi. Alger, 9 juin 1883. Robe, 83, 401. — Table décennale, Robe 1877-1886. — *Bulletin judiciaire Algérien,* 1883, 193, dans Tilloy, Répertoire alphabétique, III et IV, v° hypothèque n° 10.

b/ Le tribunal, lorsque le débiteur se refusera à payer, après l'échéance, ordonnera la vente forcée.....et si le produit de la vente est insuffisant à éteindre toute la dette, le débiteur continuera à être tenu, envers son créancier, pour le reste. (Art. 538, § 2). C'est que l'antichrèse constitue une sûreté réelle, l'affectation spéciale d'un bien, et n'exclut

pas, par conséquent, l'engagement personnel qui s'exécute sur l'ensemble du patrimoine du débiteur;

4° Il en est également ainsi en droit français, mais à sa différence l'antichrèse de choses immobilières (1) en droit musulman, confère au créancier un droit de suite et un droit de préférence : le créancier a le droit de suite qui lui permet de méconnaître toute aliénation consentie par le débiteur postérieurement à la constitution d'antichrèse et il sera payé par préférence à tout autre créancier. Le droit de suite et le droit de préférence, lui sont acquis à l'égard des tiers, d'après la coutume tunisienne, par la détention légitime des titres de propriété de l'immeuble engagé, complétée par la possession et la constatation de l'antichrèse dans un acte authentique ou sous seing privé ayant date certaine. Aucune mesure de publicité n'est prescrite pour ménager l'intérêt des tiers et du crédit public.

Obligations du créancier antichrésiste

1° Aux termes de l'art. 532 du Code de 1861 précité lorsqu'il s'agira de choses immobilières elles devront être en la possession du créancier qui sera obligé de les restituer dans un état conforme à celui spécifié dans le contrat. L'obligation d'administrer est le corollaire logique de sa possession. Dans son accomplissement il est tenu à une diligence plus grande que celle d'un dépositaire, car le nantissement est une sûreté donnée dans son intérêt (Med-

(1) L'antichrèse d'une chose mobilière confère au créancier le droit de retenir la chose jusqu'à sa libération et d'être payé sur le produit de la vente par préférence à tous autres créanciers. V. MEDJELLA, 729. Avant-projet sur art. 1783. Selon la coutume locale, la possession du gage est nécessaire pour l'exercice de ce droit de préférence.

D'après l'art. 1791 de l'avant-projet : « à l'égard des tiers, le privilège (du créancier gagiste) ne s'établit toutefois que s'il y a un acte écrit, ayant date certaine, énonçant la somme due, l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité, l'espèce et la nature des choses mises en gage, leur qualité, poids et mesure de manière qu'on puisse les reconnaître exactement; cette description peut être faite, soit dans l'acte même, soit dans un état annexé à l'acte. »

jella, 722. — Khallil, III, 534 et s.). Sa responsabilité est toutefois limitée par l'art. 535 du Code précité : « Le créancier sera responsable, envers le débiteur, de la perte et de la détérioration de la chose désignée dans le contrat à moins que, s'agissant d'immeubles, il n'invoque un cas de force majeure ». La responsabilité de l'antichrésiste ressemble par conséquent à celle d'un administrateur ordinaire : il répond uniquement de sa faute ou de sa négligence (1) ; la clause qui l'en déchargerait est nulle, car on présume qu'elle lui a été arrachée plutôt qu'il n'y a consenti. Si, par son fait, l'immeuble a été détruit, il devra la valeur estimée au jour de la constitution d'antichrèse (arg. art. 533 C. C. T) (2). Cette solution est contestée en droit musulman et certains auteurs enseignent qu'il faut se placer au jour de la perte pour apprécier le quantum de l'indemnité. Dans tous les cas, la perte du bien nanti ne saurait autoriser le créancier à exiger une nouvelle sûreté (Edor el Moktar, v. 463).

Lorsqu'il s'agit de *meubles animés* (animaux), le créancier est tenu de jurer que la chose a péri sans sa faute, sauf la preuve contraire. S'il s'agit de meubles inanimés le créancier doit prouver le cas de force majeure qu'il invoque (3).

2° Le créancier antichrésiste doit payer les contributions et les impôts dont la chose est grevée. Une convention contraire ne sera pas opposable au Trésor ; c'est ce qui résulte

(1) Zarkani enseigne que le créancier répond des cas fortuits lorsque l'antichrèse a été consentie pour la sûreté d'une obligation qu'il savait être sans cause. V. 258. — Avant-Projet, op. cit. art. 1817.

(2) Lorsque les titres de la propriété donnée en nantissement ont été remis au créancier celui-ci répond en cas de perte des titres, de la dépréciation qui résulte pour la propriété de l'absence du titre. ZARKANI, V, 256. — Note de l'Avant-Projet.

(3) Note de l'Avant-Projet sur ZARKANI, V. 255 sous article 1817. — Dans l'art. 1818, l'Avant-Projet décide que « le créancier répond du gage à concurrence de la valeur qu'il avait au moment où il lui a été remis sauf de plus amples dommages si le cas y échet. »

de l'arrêté du 27 février 1873 (29 hidjé 1289) relatif au Kanoun d'oliviers donnés en antichrèse : « Consulté sur le point de savoir contre qui le payement du Kanoun d'oliviers remis en antichrèse doit être poursuivi, le Bey a décidé que celui qui dispose des oliviers engagés doit en payer le Kanoun. Les accords qui interviendraient entre créancier et débiteur moyennant lesquels le premier serait déclaré ne devoir pas payer le Kanoun sur les oliviers à lui remis en antichrèse ne pourront être opposés au Trésor qui conserve le droit de poursuivre le payement du Kanoun contre la personne qui jouit du produit des oliviers. »

§ II

Vente à réméré

BAY-ETTOUNIA OU BAY-EL-OUAFA

Les entraves nombreuses que le droit musulman mettait à la liberté des conventions d'antichrèse notamment la prohibition du prêt à intérêt étaient fort gênantes et la pratique chercha activement à les éluder. Elle trouva dans la vente à réméré un moyen détourné et facile de se soustraire à la règle de la gratuité du prêt : l'appropriation des fruits du gage par le créancier, définitive et exclusive de toute imputation sur le capital, que la vente à réméré peut valablement autoriser, permit d'atteindre le but désiré et le dépassa même. C'était là la conséquence fatale d'une prohibition de ce genre : à poursuivre à outrance dans ses retranchements le principe de l'intérêt de l'argent, on voit nécessairement s'élever, suivant l'expression imagée d'un auteur, une citadelle nouvelle et plus forte où se renfermera l'usure.

Nature et définition de la vente à réméré

Il ne faudrait pas voir dans le bay-ettounia ou el-ouafa une vente à réméré au sens du Code Civil : en droit français le réméré est le pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue moyennant certaines restitutions (art. 1659 C. C.). Cette faculté doit être insérée dans le contrat et son exercice constitue une condition résolutoire de la convention en vertu de laquelle celle-ci est censée n'avoir jamais existé. Toute autre est la vente à réméré en droit musulman. Dans la rigueur des principes elle se présente sous la forme d'une vente pure et simple transférant la propriété de la chose à l'acheteur et la faculté de rachat, lorsqu'elle est consentie, est considérée comme une concession gracieuse de la part de l'acheteur devant être, comme telle, stipulée, à peine de nullité, dans un acte postérieur à la convention originaire. En d'autres termes la bay-ettounia ou el-ouafa se décompose en deux éléments juridiques distincts : une vente pure et simple suivie d'une revente ou plus exactement d'une promesse de revente au profit du vendeur. C'est ce caractère translatif de propriété que nous rencontrons dans la définition donnée par Ebn Acem « le réméré est le retour au vendeur de la propriété de la chose vendue lorsqu'il offre le prix » (1).

Mais la vente à réméré est le plus généralement un contrat d'impignoration : c'est avec ce caractère qu'elle prit naissance à Bokhara, fut pratiquée en Egypte et ne tarda pas à se répandre dans le monde islamique ; ainsi envisagée, Ezzailaï, commentateur d'un ouvrage de droit intitulé « Le Trésor » l'appelle *vente fiduciaire* (bay-el-amane), d'autres auteurs l'appellent *nantissement restituable*. Elmatiti l'analyse en un contrat qui consiste à dire « Je vous vends

(1) Tohfat d'Ebn Acem, op. cit. vers 806.

telle chose, moyennant tel prix à condition qu'au jour où je vous rapporterai une somme égale, à telle époque ou à une époque indéterminée cette chose me sera rendue ». Ibn Nadjim la définit « une convention telle que le vendeur dit à l'acheteur : je t'ai vendu cela comme contre-valeur d'une créance que tu as contre moi à la condition que si la dette est éteinte tu me restitueras la chose vendue. » Et les jurisconsultes de Khouarzine indiquent, quoiqu'il ne puisse être établi à cet égard des règles immuables, les éléments qui permettraient au juge de reconnaître le contrat pignoratif. La vente à réméré d'après eux, n'est un nantissement qu'aux conditions suivantes :

1° Lorsque les parties ont convenu que la vente serait résolue dès que le vendeur restitue lui-même ou par un mandataire spécialement désigné, le prix à l'acheteur.

2° Si le prix versé par l'acheteur n'est pas l'équivalent de la chose vendue c'est-à-dire en d'autres termes s'il y a vilité du prix et qu'elle est évidente.

3° Si l'acheteur a stipulé en sa faveur les intérêts de 20 dinars (1) qui lui seraient payés par le vendeur.

Lorsque ces conditions ne se trouvent pas réunies les jurisconsultes de Khouarzine considèrent la vente à réméré comme définitive.

Dans un autre système on analyse la vente à réméré en une combinaison de la vente définitive et du nantissement proprement dit : « elle est un nantissement, si bien que le débiteur se fait rendre l'objet en payant ce qu'il doit ; une vente définitive et valide, à l'égard de l'acheteur, au point qu'il peut légitimement manger les fruits produits par le

(1) Le *dinar* équivaut, d'après MM. Houdas et Martel, à plus de treize francs de notre monnaie actuelle. Suivant le Dr Perron, le *dinar* légal équivaut à six francs trente centimes et le *dirhem* légal, à soixante centimes. Le savant mufti Si Mohammed Echchaed, décédé à Tunis en 1311 de l'hégire, a évalué le *dinar* à six francs et le *dirhem* à soixante centimes. V. sur la valeur légale du *dinar* et du *dirhem*. Baron de Slane, *les Prolégomenes d'Ebn Khaldoum*, II, p. 56, 58 et 61 (Note de M. Abribat. — Recueil d'actes d'Ettouati sous la page 17).

gage et jouir de celui-ci en y habitant, le cultivant ou le donnant en bail. » (Lettre de Mgr. Ahmed fils d'El Khodja, cheikh el islam du rite hanéfite (1).

En Tunisie le bay-ettounia ou el-ouafa affecte exclusivement le caractère de nantissement : il ne transfère pas au créancier la propriété même conditionnelle de la chose vendue mais simplement la possession. La jurisprudence des Tribunaux Français de Tunisie confirme sur ce point la coutume tunisienne et envisage la vente à réméré comme un simple contrat pignoratif (T. 22 janvier 1890. J. T. 1890. 69 — T. 28 mai 1890. J. T. 90. 180 — T. 1° ch. 29 décembre 1890. J. T. 1896.191, R. A. 1891. 2. 117).

Conditions de validité

La qualité de propriétaire, la remise de la possession, la capacité d'aliéner, une chose susceptible d'être engagée constituent, ainsi que nous l'avons vu, des conditions essentielles communes à l'antichrèse et à la vente à réméré. Il en est une particulière à la vente à réméré (bay ettounia, bay el ouafa) dont l'inaccomplissement frappe le contrat d'inefficacité : la faculté de rachat doit être consentie par un acte juridique distinct et postérieur à la convention de vente. Le réméré est permis, dit Ebn Acem, s'il est conclu après le contrat et bénévolement (vers 807). Il se présente, en effet, comme une libéralité octroyée par l'acheteur au vendeur qui se repent de la vente pure et simple qu'il a effectuée ; certains auteurs de droit musulman, dont la doctrine sur ce point n'est généralement pas suivie, le dénomment même donation et vont jusqu'à refuser au vendeur l'exercice du réméré après la mort de l'acheteur parce que disent-ils « une donation dont on n'a pas pris possession s'éteint » (2).

(1) Goguyer, op. cit, n. 63.
(2) Taoudi II, 63, Avant-Projet, op. cit. sous l'art 808.

La nécessité de la condition sus-indiquée explique d'autre part pourquoi le droit musulman, si sévère pour toute tendance à éluder ses prescriptions autorise dans la vente à réméré l'acquisition des fruits par le vendeur (créancier). Le bay ettounia ou el ouafa affectant tout d'abord la forme d'une vente pure et simple laisse le débiteur à la discrétion du vendeur-créancier qui pourrait refuser ultérieurement de concéder la faculté de rachat ; on a pensé que le risque couru par le débiteur rendrait la fraude moins probable et qu'ainsi le bay ettounia ou el ouafa servirait rarement de moyen détourné pour violer la règle de la gratuité du prêt. L'expérience a démontré le contraire : s'il est une convention en honneur dans la pratique c'est bien le bay ettounia ou el ouafa.

L'inscription de la clause de réméré dans le corps même de l'acte de vente vicie la convention. Il est donc essentiel pour les parties de s'entourer de précautions, d'autant plus que d'après Elmatitti et Ibn Salmoun la faculté de rachat peut être insérée dans l'acte même de vente mais après que celle-ci a été déclarée définitive. En cas de contestation et de difficultés à cet égard, Ibn Acem enseigne que « celui au dire duquel le réméré aurait été conclu bénévolement est cru de préférence à celui qui prétend que cette clause faisait corps avec la vente ». Dans une autre opinion on laisse au juge un pouvoir discrétionnaire pour en décider (1).

Délai et effets du réméré

Les diverses définitions de la vente à réméré données par les jurisconsultes musulmans laissent supposer que la faculté de rachat peut être reconnue pour un délai déterminé ou sans aucune limitation de terme.

I. — Dans cette dernière hypothèse la chose demeure grevée entre les mains du créancier jusqu'au rembourse-

(1) Tohfat d'Ebn Acem, op. cit. vers 809 et commentaires n° 740 et s.

ment de la dette : la précarité de son titre lui interdit toute prescription. T. 1re ch. 30 novembre 1896. J. T. 97. 34. Mais le droit d'exercer le réméré appartient à l'acheteur aussi bien qu'au vendeur. Il est néanmoins restreint : d'après les usages qui régissent en Tunisie le nantissement sous forme de vente à réméré des *propriétés rurales* (jardin, enchir, olivettes), lorsque le vendeur n'a pas demandé la résiliation de la vente dans le mois qui suit la passation du contrat, l'acheteur n'est plus tenu d'y consentir qu'après l'expiration d'une année. Mais l'acheteur ne peut, en aucun titre, s'opposer à la résiliation demandée par le vendeur à partir de la deuxième année ; dans cette alternative il peut retenir les parties de l'immeuble qu'il a ensemencées jusqu'après la récolte en payant une location à fixer à dire d'experts. D'autre part la résiliation ne saurait être imposée au vendeur, à moins de stipulations contraires, avant l'expiration d'une année à compter du jour de la passation du contrat T. 1re ch. 10 décembre 1894, J. F. 1895, 120. — T. 1re ch. 14 mars 1892. J. T. 1897, 151. (Consultation du Cheik-el-Islam du rite hanéfite de Tunis précitée (1).

Une distinction doit être faite pour considérer la validité des baux consentis par l'acheteur-créancier sur l'immeuble grevé de réméré :

a/ Si la résiliation est demandée par l'acheteur à réméré, *dans le but démontré et prouvé de désintéresser avec le prix restitué un sien créancier* elle a pour effet d'anéantir lesdits baux ; dans le cas contraire elle les laisse intacts.

b/ Lorsque la résiliation est prononcée à la requête du vendeur-débiteur les baux sont maintenus à son encontre à la condition d'avoir été concédés pour une période normale, conforme aux usages du pays trois ans pour les terres, un an pour les biens ruraux. (Consultation précitée). Il est à peine besoin de dire que dans tous les cas les loyers échus

(1) Goguyer, op. cit. n° 71.

depuis l'exercice de la faculté de rachat appartiennent au vendeur à réméré.

II. — Lorsque dans le bay-ettounia ou el ouafa un terme a été fixé, tant dans l'intérêt du créancier que du débiteur, la résiliation ne s'en effectuera qu'à son expiration. Mais le défaut d'exercice du réméré par le débiteur à ce moment-là ne transforme pas la possession en propriété, ne rend pas, comme en droit français, l'acheteur propriétaire incommutable de la chose. Comme nous l'avons fait remarquer à maintes reprises, la vente à réméré apparaît exclusivement dans la coutume de Tunis comme un contrat pignoratif et ne saurait par suite avoir d'autre effet que d'attribuer à l'acquéreur un droit de préférence sur le prix d'adjudication du bien qui en est grevé. Le créancier-acheteur, même après l'expiration du délai de rachat, doit s'adresser au juge lequel peut faute de paiement ou autoriser la vente du fonds ou accorder un nouveau délai au débiteur pour se libérer. La jurisprudence des Tribunaux français de Tunisie est en ce sens.

Droits et obligations des parties

L'acheteur à réméré a le droit de percevoir pour son propre compte les fruits de la chose remise en cette forme de nantissement. D'après le rite malékite ce droit lui échoit de plein droit, par la passation même de la convention ; l'opinion contraire prédomine dans l'école hanéfite qui en subordonne l'existence à une stipulation expresse et non équivoque.

Le créancier-acheteur devient propriétaire définitif et irrévocable des fruits perçus et n'est pas astreint à leur restitution lors de l'exercice du réméré. Tous les auteurs mentionnent cependant une restriction relativement aux fruits pendants par branches ou par racines au moment du contrat et les attribuent au vendeur à réméré : déduction

de leur valeur sera faite sur le prix à restituer au cas où ils ont été perçus par l'acheteur.

Les jurisconsultes musulmans établissent un lien entre la perception des fruits et les risques auxquels la chose vendue à réméré se trouve exposée. « Les fruits appartiennent à l'acheteur, lit-on dans la Tohfat d'Ebn Acem, à cause des risques qu'il court » (1). L'attribution des produits de la chose dans la vente à réméré semble avoir été concédée comme à regret par le droit musulman qui cherche, à toute occasion, à la justifier. *Les cas fortuits* sont à la charge de l'acheteur et en cas de perte totale de l'immeuble il ne peut exiger la restitution du prix ; s'il y a uniquement une dépréciation, une perte partielle, le vendeur conservera sur le prix du réméré une somme proportionnelle à la moins-value en résultant. Voici un exemple que nous empruntons à la consultation du Cheik-el-Islam, précitée « une maison valant mille deniers a été achetée pour cent, puis est tombée en ruines et ne vaut plus que cinq cents deniers ; la somme à rembourser pour réméré est réduite de cinquante » (2). Lorsque la perte ou la détérioration provient d'une *faute* imputable à l'acheteur sa responsabilité égale celle de l'usurpateur « en ce sens qu'il répondrait de la valeur de ce dont il aurait causé la perte, quelqu'en fût le montant » (3).

Dans le bay ettounia ou el-ouafa, avons-nous fait observer, le vendeur à réméré demeure propriétaire du bien nanti. C'est contre lui, par conséquent, qu'à peine d'irrecevabilité l'action en revendication doit être intentée : la présence de l'acheteur au procès ne s'impose que pour rendre opposable à son encontre le jugement à intervenir. Mais par la constitution de la vente à réméré le droit de propriété du vendeur, quoique subsistant, se trouve démem-

(1) Tohfat d'Ebn Acem, vers 804.
(2) Goguyer, op. cit. n° 69.
(3) Goguyer, op. cit. n° 69 et s.

bré ; il ne saurait valablement faire l'objet d'une vente ou d'une donation sans l'autorisation préalable de l'acheteur. D'autre part, celui-ci ne devenant pas propriétaire, ne peut sous peine de résiliation du contrat, aliéner, donner en habous ou même en nantissement le bien grevé pour la sûreté de sa propre dette. La jurisprudence est en ce sens : Ouzara, 27 février 1896, J. T. 96.325. T. 13 novembre 1890. J. T. 1893, 44. T. 2e ch., 10 mai 1890. J. T. 96. 47. Le créancier nanti ne peut transférer la possession du gage à autrui soit par vente à réméré, semblable à la vente qui le lui a procuré, soit par nantissement proprement dit, soit par prêt, sans l'autorisation du débiteur et s'il le fait ce dernier aura le droit de retirer le gage des mains du nouveau détenteur. (Consultation précitée). Mais il lui appartient d'agir directement en justice pour toutes les actions se référant à sa possession et à son droit de nantissement.

CHAPITRE II

Hypothèque

—o—

RAHNIA

L'antichrèse (rahn-el-antifa) et la vente à réméré (bay-ettounia ou el-ouafa) envisagée comme forme de nantissement présentent de graves et sérieux inconvénients pour le débiteur. Elles le privent de la possession et par suite de l'usage de la chose et le laissent exposé à ne reprendre celle-ci que détériorée par la négligence probable du créancier. On a essayé de remédier à cette situation par une constitution de bail au profit du débiteur propriétaire mais la validité d'une telle convention est contestée en droit musulman. (Eddor et Radd el Mohktar, IV. 342 et s.) De plus ce moyen était insuffisant, puisque par une vente à réméré particulièrement tout le crédit du débiteur s'épuisait pour une créance de minime importance peut-être. Il fallait trouver une combinaison qui allât plus directement à son but, qui pût concilier les intérêts en présence en maintenant la chose en la possession du débiteur tout en procurant une égale sécurité aux créanciers : tel fut le rôle de la rahnia. Voici de quelle conception juridique elle naquit et se développa.

Dans les usages de la Régence, ainsi que nous l'avons précédemment exposé, la constitution d'une antichrèse ou d'une vente à réméré sur un immeuble nécessite en même temps que la remise de la possession celle du titre de propriété entre les mains du créancier. Ce titre est considéré comme une partie intégrante de l'immeuble et en est même la représentation ; en s'en dépouillant, le débiteur non

seulement complète la délivrance mais aussi s'interdit toute aliénation ultérieure étant de règle fondamentale qu'une vente ne peut se parfaire que par la remise du titre de propriété de l'immeuble vendu. En le détenant, le créancier a, par conséquent, une sûreté suffisante que le déplacement de la possession de l'immeuble ne renforce en aucune manière. De là, à le décréter inutile il n'y avait qu'un pas : il fut franchi. La possession et l'usage du bien offert en garantie demeurent au débiteur et le créancier se contente de la remise entre ses mains du titre de propriété, remise qui lui assure le triple droit de préférence, de suite et de vente forcée.

On a contesté, à tort selon nous, l'exactitude de la dénomination d'Hypothèque à cette sûreté nouvelle et on la présente sous celle de gage immobilier. Que l'on décide que la rahnia n'est point assimilable à l'hypothèque du Code Civil parce que la purge et certaines formalités de la procédure française, les sommations prescrites par l'art. 692 C. de Pr. par exemple, ne lui sont pas applicables, rien de plus certain. Mais il n'est pas à dire pour cela qu'elle ne constitue pas une hypothèque telle que le droit moderne conçoit cette garantie. Ce qui caractérise celle-ci, en effet, et la fait distinguer des autres sûretés réelles c'est que, s'appliquant exclusivement aux immeubles, elle conserve au débiteur la possession et la jouissance du bien qui en est grevé et réserve au créancier un droit de préférence et un droit de suite. Or nous retrouvons ces traits essentiels dans la RAHNIA, comme nous allons le constater en examinant son étendue et ses effets. Elle revêt, nous le reconnaissons volontiers, une forme rudimentaire mais l'idée qu'elle représente peut être rendue, sans commettre une hérésie juridique, par l'expression d'hypothèque. La jurisprudence des Tribunaux Français de Tunisie, après quelques hésitations, est fixée en ce sens.

Le droit musulman tunisien ne reconnaît qu'une seule espèce d'hypothèque, celle qui résulte de la convention. On n'y rencontre ni l'hypothèque judiciaire, Alger, 16 février 1880. R. A. 1886. 2. 422. Alger, 4 novembre 1886. R. A. 1886. 2. 426, ni l'hypothèque légale de la femme mariée Alger, 18 mai. Bull. judic. 1881. 78. — Sousse, 30 décembre 1897. J. T. 98. 310. La conception que le droit musulman se fait de la famille explique l'absence de cette dernière garantie ; par le mariage la femme devient propriétaire des biens dotaux et en garde l'administration et la jouissance ; il lui est même reconnu le droit d'actionner son mari en cours de mariage pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre lui. On a pensé que cet état d'indépendance de la femme à l'égard du mari constituait une protection suffisante.

Mais en ce qui concerne les non-musulmans les règles du droit tunisien doivent se combiner avec celles de leur statut personnel. Si la loi de la situation des biens reçoit une application exclusive pour les questions se rattachant aux intérêts généraux de la propriété et du crédit public il est admis en droit international privé qu'elle n'a pas à elle seule le pouvoir d'attribuer sur ces biens des causes de préférence telles que les hypothéques légales de la femme et du mineur. Celles-ci, en effet, sont considérées comme faisant partie des mesures prises en vue de l'organisation de la famille, comme étant, en un mot, de statut personnel : en conséquence il ne saurait être question d'en admettre l'existence qu'au profit des personnes auxquelles leur loi personnelle confère une semblable sûreté. Mais si leur loi personnelle la leur confère nous croyons qu'elles peuvent se prévaloir de cette sûreté en Tunisie sur des immeubles non immatriculés bien que la *lex rei sitæ*, la loi tunisienne, ne la reconnaisse pas (1).

(1) Sur le principe DEMANGEAT, sur *Fœlix*, t. I, p. 151, note 6. — DESPAGNET, p. 592. — SAVIGNY, t. 8, p. 191. — FIORE, p. 384.

Par application de ces principes nous admettrons une hypothèque légale au profit de la femme israélite de nationalité tunisienne sur les immeubles non immatriculés de son mari. Le droit mosaïque qui forme son statut personnel en contient, en effet, la notion : l'homme est-il mentionné dans plusieurs textes doit, par contrat (ketouba) constituer une dot à sa fiancée (1) et affecter tous ses biens à sa garantie. Avis du grand Rabbin d'Alger du 9 octobre 1886. — Alger 14 octobre 1871. Robe, 1871 175. — Alger 19 février 1876. Robe, 1876 43. Code Rabbinique. — Ebn Haezer. Traité Ketouboth, Chapitre LXVI. Avant d'arriver à la conception de l'Hypothèque, la loi rabbinique a employé successivement plusieurs moyens pour garantir les reprises dotales de la femme. « Dans les premiers temps, disent MM. Sautayra et Charleville (2), le mari s'engageait purement et simplement à payer la dot, à la dissolution du mariage, — mais il arriva que des maris dissipèrent leurs biens, qu'ils les vendirent, qu'ils en disposèrent pendant le mariage et que les femmes perdirent à la fois la dot qui leur avait été constituée et la nédounia qu'elles avaient apportée.

« Les mariages devinrent difficiles ; il fut alors décidé que le mari déposerait le montant de la dot entre les mains des parents de la femme. Le payement de la dot fut assuré par ce moyen ; mais le divorce devint extrêmement facile, le mari put, en effet, renvoyer sa femme à chaque instant en lui disant : « allez rejoindre votre dot » et un des buts de l'Institution dotale fut manqué.

(1) La constitution d'une dot par le mari au profit de la femme est une condition du mariage. (DEUTÉRONOME, chapitre XXI,I. V. 29.) « La dot est de droit, dit RABBI MAIR cité par CHARLEVILE et SAUTAYARA, malgré toute stipulation contraire » — « Pas de femme sans dot est le principe constant des Hébreux ; sans dot, c'est-à-dire sans une dot constituée par le mari. » (PASTORET, *Histoire de la législation*, T. IV, p. 46. EBN HAEZER, II, n° 24).

(2) Code Rabbinique. EBN HAEZER, T. II. Traités KETOUBOTH, GUITTIN et YIBOUM. Challamel, Paris, 1869.

« On adopta par suite un troisième système. La dot continua à être payée lors du mariage, — mais enfermée dans des filigranes en or ou en argent, ou plus simplement dans des vases en cuivre, elle resta dans la maison conjugale sous la surveillance de la femme elle-même. Ce système isolait la dot, il la mettait à part et à la disposition constante du mari, aussi n'apporta-t-il aucune entrave à la facilité des divorces ; il eut même pour conséquence fâcheuse de permettre au mari d'abuser de son influence sur sa femme, pour obtenir d'elle tout ou partie de la dot confiée à sa garde.

« C'est alors que Siméon ben Setah, membre du Sanhédrin, frère de la reine Salomé, fit introduire dans les contrats de mariage l'obligation pour le mari d'affecter tous ses immeubles présents et à venir à la garantie des reprises de la femme. »

L'Hypothèque légale que la femme puise dans sa loi personnelle ne saurait toutefois être admise que dans les conditions compatibles avec les règles de la loi tunisienne relatives à l'organisation de la propriété. Comp. Sousse 13 août 1890, J. T. 1891, 60. Ainsi il a été jugé qu'elle ne porte sur les immeubles non immatriculés que le mari possède dans la Régence qu'autant que la femme en détient les titres. T. 4 avril 1894, J. T. 1894, 398 — T. 1re ch. 16 nov. 1891, J. T. 1896, 548 ; T. 1re ch. 17 mai 1899, J. T. 99, 344.

Conditions de validité de la constitution d'hypothèque

En dehors des règles générales du nantissement, c'est-à-dire la propriété du constituant, sa capacité d'aliéner (1),

(1) Le nantissement n'est possible que de la part du majeur, sain d'esprit, sur son propre bien, agissant soit personnellement, soit par mandataire. Les immeubles des mineurs, des aliénés et des interdits pourront donc seulement être mis en gage lorsqu'il en résultera un avantage notable à exposer dans l'acte de nantissement et avec l'autorisation du Cadi ou du Conseil juridique ; le Cadi scellera l'acte de son sceau. Le père, si s'est un homme d'ordre, peut aussi engager l'immeuble de son fils mineur. (Consultation du Cheikh El Islam.)

l'existence d'une dette et l'aptitude de la chose à être vendue, la rahnia est soumise aux conditions particulières suivantes :

Entre les parties la convention produit tous ses effets : leur consentement a assez de puissance par lui-même pour créer l'hypothèque. Pour que la rahnia soit opposable aux tiers, il faut :

1° Qu'elle ait été constatée dans un acte authentique ou sous seing privé ayant acquis date certaine. T. 2e ch. 24 avril 1890, J. T. 90, 320 ; T. 18 janvier 1894, J. T. 94, 413. — T. 2e ch. 27 juin 1894, J. T. 1894, 446. — T. 1re ch. 7 octobre 1898. J. T. 1899, 268. Si la rahnia est consentie dans un acte notarié, elle doit être reçue par deux notaires et indiquée séparément sur le registre de chacun d'eux. (Décret du 8 janvier 1875, 30 kaâda 1291. — Règlement de S. A. le Bey, du 31 juillet 1886, n° 8.) Prévenant les abus et les fraudes dont pourraient être victimes les européens peu familiarisés avec la législation locale, un décret du 16 août 1879 (17 chaâbane 1296) impose aux notaires, sous peine de dommages-intérêts et de contraintes pénales, certaines prescriptions protectrices. « Tout notaire, dit l'ar-
« ticle 1er de ce décret, est tenu de s'assurer que l'hypo-
« thèque porte bien sur l'immeuble désigné dans le titre
« de propriété. Si ce titre n'est qu'un acte de notoriété ou
« s'il est fait simplement mention de décès, de procuration
« ou de toute autre chose dont la vérification est néces-
« saire, le notaire devra le faire savoir au créancier et lui
« expliquer à quoi il s'expose en acceptant un acte de no-
« toriété ou une simple déclaration, dans le cas où le titre
« original ou habous viendrait à être produit plus tard.
« Si le créancier passe outre, les notaires devront en faire
« mention dans l'acte d'hypothèque. *Si le créancier est de*
« *nationalité étrangère,* il signera ledit acte et sa signature
« vaudra attestation qu'il consent à contracter dans ces
« conditions ; s'il ne sait pas écrire, sa déclaration sera

« consignée dans l'acte et certifiée au Consulat dont il re-
« lève. En cas de refus de sa part de contracter dans ces
« conditions, l'acte sera annulé et les notaires restitueront
« le titre au propriétaire. »

Aux termes de l'article 2 : « les notaires inscriront l'acte
« d'hypothèque sur le titre constitutif de la créance. Si
« l'hypothèque est consentie au moment de la contractation
« de la dette, il en sera fait mention dans le contexte dudit
« titre. Si elle est consentie à une date postérieure, le no-
« taire ne recevra la déclaration y relative qu'après la re-
« présentation par l'intéressé du titre constitutif de la
« créance afin d'y inscrire l'acte d'hypothèque » ;

2° La convention se parfait à l'égard des tiers par la remise au créancier du titre de la propriété que l'on grève hypothécairement. T. 2e ch. 4 avril 1894, J. T. 1894, 398. — Alger, 20 décembre 1890, J. T. 1893, 27. — R. A. 1891, 2, 126. — T. 2e ch. 6 mars 1895, J. T. 1895, 222. — T. 2e ch. 2 mai 1890, J. T. 1895, 536. — T. 1re ch. 29 juin 1896, J. T. 1896, 553. — T. 7 décembre 1897, J. T. 1898, 217.) Cette remise a également pour effet d'interrompre la prescription libératoire. Tunis, 1re ch. 20 janvier 1890, R. A. 90, 3, 327.

Le titre fournit la preuve du droit de propriété du constituant (1) : il consiste en un ensemble de feuilles de papier timbré, collées les unes à la suite des autres et contenant la description et les limites de l'immeuble ainsi que la nomenclature de ses acquéreurs successifs. Mais à côté de cette preuve ordinaire, normale de la propriété, l'usage a permis, lorsque le titre a été perdu ou détruit, de le remplacer par une outika, un acte de notoriété. « Tout posses-

(1) En l'absence de titre, il est consacré par de nombreuses et importantes décisions judiciaires que la possession paisible et non précaire constitue une preuve suffisante du droit de propriété. (T. 2e ch. 17 mai 1890, J. T. 1894, 342. — T. 2e ch. 28 mai 1892, J. T. 96, 149. — T. 1re ch. 1899, J. T. 1899, 522. — Alger, 3e ch. 17 février 1897, J. T. 1897, 514. — Arrêt de Cass. Règl. du 18 octobre 1893, J. T. 1893, 355.)

« seur d'immeuble qui n'en n'a pas le titre, dit M. Berge (1), « peut avec l'autorisation du Cadi (juge musulman du tri- « bunal du Charaâ) amener des témoins devant les notaires « beylicaux et ceux-ci donnent un acte de notoriété « ou- « tika » contenant la déclaration des témoins qu'ils savent « d'une façon sûre et ont entendu dire, d'une manière « constante et de tout temps par les anciens du pays, que « l'immeuble de telle ou telle manière appartient à un tel « et a appartenu de même à ses ancêtres depuis un temps « immémorial, sans que cette propriété ait jamais été con- « testée par qui que ce soit et à aucun titre. »

L'outika supplée ainsi, comme élément de preuve de la propriété, au titre absent et en est même l'équivalent. Il s'ensuit que l'hypothèque est régulièrement constituée lorsque, à défaut de titre, remise a été faite au créancier d'un acte de notoriété, à la condition, toutefois, que l'outika présente la garantie de l'ancienneté. (T. 1re ch. 20 mai 1895, J. T. 1895, 460. T. 2e ch. 13 novembre 1890, J. T. 1894, 485.) Il a été jugé que la remise des titres de notoriété récents ne présente aucune valeur et ne peut avoir pour effet de créer en faveur du créancier un droit de gage opposable aux tiers. (T. 2e ch. 2 mai 1890, J. T. 95, 636). Il a été décidé également que la simple production d'une liste énumérative des propriétés appartenant au débiteur ne saurait suffir pour établir, d'après la législation locale, la constitution d'une hypothèque. (Alger, 28 décembre 1890, J. T. 93, 27).

La détention du titre de propriété par le créancier établit légalement à son profit l'existence de l'hypothèque : elle est en outre considérée dans la coutume tunisienne comme un témoignage extérieur, une preuve de l'existence de la dette, propre à faire rejeter toute présomption de paye-

(1) De la juridiction française en Tunisie. — Etude de législation et de jurisprudence. Paris, 1895.

ment. (T. 30 janvier 1888, J. T. 94, 436). Mais elle ne saurait produire ces effets qu'autant qu'elle ait une cause régulière et légitime : la détention ne présenterait pas ces caractères si elle a été concédée par une personne qui n'a pas le droit de disposer du titre. Ainsi le tuteur qui emprunte en son nom personnel et remet en gage des titres de propriété appartenant à ses pupiles ne peut constituer an profit du créancier une hypothèque valable. (Alger, 16 mai 1892, J. T. 92, 2, 203.)

Destinée dans l'intention des parties à constituer une sûreté réelle, la remise d'un titre de propriété en nantissement n'a ni peut avoir, ainsi que le fait remarquer M. Tilloy, d'effet plus étendu. Elle n'emporte au profit du créancier, simple détenteur, aucun droit de propriété ni aucune faculté de disposition. Ainsi, il a été jugé que celui qui détient des immeubles à titre de gage n'a pas le droit de les constituer habous (Ouzara, 27 février 1896, J. T. 96, 325). Par application du même principe il a été décidé que la détention ne confère pas au créancier le droit de donner à son tour en gage à son propre créancier le titre engagé entre ses mains. Une telle remise ne saurait équivaloir, d'ailleurs, à une cession de la créance sur le propriétaire de l'immeuble donné en gage et des sûretés qui y sont attachées. Tunis, 2e ch. 13 novembre 1890, J. T. 93, 44.

Biens susceptibles d'hypothèques

A la différence de l'antichrèse et de la vente à réméré la rahnia ne peut pas, par la nature même de sa constitution, porter sur les meubles : seuls les immeubles lui servent d'assiette et faut-il encore qu'ils soient susceptibles de faire l'objet d'une vente. Tout bien immobilier n'affecte pas ce caractère, comme nous allons le voir.

La propriété immobilière, en Tunisie, se présente sous trois formes différentes : la propriété melk, la propriété habous et la propriété enzel.

La propriété melk est la propriété privée par excellence; elle se présente telle qu'on la concevait dans le dernier état du droit romain et telle qu'on la conçoit dans le droit moderne. On peut la définir comme celle du droit français, le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois (art. 544 C. C.). Tous les attributs essentiels de la propriété jus utendi, jus fruendi, jus abutendi s'y retrouvent. Le propriétaire a le droit d'en disposer, et par suite, il a le droit de la grever hypothécairement.

Il en est tout autrement de la propriété habous. Par la constitution de habous la propriété, jusque-là libre et franche de tout droit, est démembrée : la nue-propriété demeure fixée à titre perpétuel sur la tête du fondateur et la jouissance appartient aux dévolutaires par lui indiqués ou à l'Œuvre Pie directement, selon que le habous a un caractère privé ou public. « Le habous, dit Sidi-Khallil, est la donation de l'usufruit d'une chose pour une durée égale à celle de la chose, la nue-propriété restant au donateur réellement pendant sa vie et fictivement après sa mort.» Attachée à la personne du fondateur, la nue-propriété est inaliénable et par conséquent non susceptible d'être donnée en nantissement; la constitution d'hypothèque y relative est nulle et de nul effet. Cette solution, conforme à l'essence du habous, ne fait pas difficulté, étant consacrée par un texte de loi. Aux termes du décret du 26 avril 1861 : « Les « propriétés habous ne pourront être ni *vendues*, ni *données*, « ni *hypothéquées*, car les ayants droit ne jouissant que de « l'usufruit ne peuvent disposer de la propriété... Tout in- « dividu qui, par un moyen frauduleux, vendra une pro- « priété habous, sera obligé de rendre la propriété vendue « et condamné à la peine prononcée contre les faussaires « en écriture, suivant la disposition de l'art. 267, et la pro- « priété reviendra de droit aux habous ». Mais, pour être opposable aux tiers, le habous doit être inscrit sur le titre

de propriété, T. 2e ch. 20 juin 1891, J. T. 1893. 87. Ainsi, il a été jugé que la constitution d'un habous postérieure à l'affectation hypothécaire d'un immeuble, ne saurait produire d'effet contre le créancier nanti du titre de propriété T. 21 novembre 1894, J. T. 95, 55.

Le droit du bénéficiaire du habous est-il susceptible d'hypothèque? La solution, croyons-nous, doit résulter d'une distinction : si l'acte d'où procède le habous contient des restrictions à cet égard, il recevra une entière application; dans le cas contraire, nous estimons qu'ayant un droit de jouissance qui est un véritable droit d'usufruit le dévolutaire peut en disposer par voie d'hypothèque. Mais comme il ne saurait dépendre de lui de compromettre ou de limiter en quoique ce soit, le droit des dévolutaires appelés à lui succéder — les personnes désignées dans l'acte de habous ou l'œuvre charitable — l'hypothèque qu'il a consentie se mesurera quant à sa durée sur celle du droit d'usufruit considéré exclusivement par rapport à lui.

Le bénéficiaire ne pourra plus disposer de son droit d'usufruit, par cession ou hypothèque, lorsque l'immeuble habous a été constitué à enzel. On sait que pour atténuer les inconvénients économiques qui résultent de l'existence de ces biens de main-morte, un décret du 22 juin 1888 a permis, sous certaines conditions de publicité, de les rendre à la libre circulation sous la forme de la propriété dite enzel. Ce qui, dès lors, est habous, c'est-à-dire inaliénable, ce n'est plus l'immeuble concédé à titre d'enzel, mais, en son lieu et place, le droit à la redevance qui résulte de cette concession. Inaliénable, ce droit d'usufruit ne peut désormais faire valablement l'objet de cession ni d'hypothèque et est insaisissable et hors du commerce.

Si, à l'origine, l'enzel a été imaginé pour éluder la règle de l'inaliénabilité du habous il ne s'est pas cantonné dans cette étroite limite; il peut s'appliquer aux immeubles melk, en sorte qu'il constitue aujourd'hui une forme par-

ticulière et très pratiquée de la propriété. Mais l'on n'est pas entièrement fixé sur sa nature juridique : dans un système l'enzel est un louage perpétuel d'un immeuble moyennant le payement d'une redevance annuelle ; pour la jurisprudence la plus récente, il opère un démembrement de la propriété qui consiste dans la séparation du domaine utile et du domaine éminent et dans l'aliénation du premier moyennant le payement d'une rente perpétuelle, irrachetable de sa nature. T. 2e ch. 10 mars 1893, J. T. 93, 127.

Cette dernière opinion est généralement adoptée. Quoiqu'il en soit sur ce point, que le cadre de notre étude ne nous permet pas d'examiner, on est unanime pour admettre que le débi-rentier, quelque restriction que l'enzel apporte à son droit de disposer, peut grever d'hypothèque l'immeuble concédé et les constructions qu'il y a élevées. De son côté, le crédi-enzeliste qui a cédé le domaine utile moyennant une rente perpétuelle, rachetable ou non, a la faculté, sauf le cas de habous, de disposer de son droit à la redevance, de le donner en sûreté à l'acquittement d'une obligation ; dans ce cas et à défaut de payement de celle-ci le créancier hypothécaire poursuivra l'expropriation de la rente d'enzel et le droit aux arrérages appartiendra désormais à l'adjudicataire.

Etendue de la rahnia

Deux principes la déterminent :

1° La rahnia, comme l'hypothèque du droit français, est de sa nature indivisible est tota in toto et tota in qualibet parte. Elle subsiste sur tout l'immeuble jusqu'à l'entier acquittement de l'obligation ; en d'autres termes chaque portion du bien donné en rahnia garantit l'intégralité de la dette (Tohfat d'Ebn Acem, v. 246, Eddor el Moktar, v. 463, etc.). Le paiement partiel de la créance n'aurait pas pour résultat de désaffecter une partie correspondante de l'immeuble

ou des immeubles grevés. Il en est de même lorsque le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers : l'acquittement par l'un d'entre eux de sa part personnelle n'empêche pas la rahnia d'affecter entièrement la chose pour le payement du complément.

Mais ce caractère d'indivisibilité est de la nature, non de l'essence de la rahnia et les parties peuvent valablement convenir qu'à une extinction partielle de la dette correspondra un certain dégrèvement de la chose hypothéquée. Tout ce que nous venons d'énoncer résulte de l'art. 536 du Code civil tunisien de 1861 aux termes duquel « le débiteur qui aura payé un acompte ne pourra pas exiger du créancier une restitution proportionnelle des choses à lui remises pour la sûreté de la dette à moins d'une convention expresse ».

2° La rahnia s'étend à tous les accessoires de la chose et aux améliorations qu'elle peut recevoir, c'est là un principe général du nantissement (Eddor el Moktar, v. 461, Medjella, 711).

Effets de la rahnia

La rahnia se rapproche quant à ses effets de l'hypothèque du droit français : comme celle-ci elle engendre un droit de préférence et un droit de suite. T. 12 mai 1884, J. T. 1893, 329 ; T. 21 février 1889, J. T. 89, 94. Tunis, 25 novembre 1890, J. T. 1891, 8. Sousse, 24 mars 1890, J. T. 1891, 405.

Exigeant pour sa constitution la remise du titre de propriété la rahnia semblait devoir exclure l'existence de secondes et subséquentes hypothèques et restreindre l'exercice du droit de préférence auquel elle donne naissance dans les rapports d'un créancier rahniataire et des créanciers chirographaires. Mais des usages très anciens et ayant force de loi indiquent un moyen pour parer aux inconvénients qui résulteraient de cette situation : ils autorisent

la constitution de subséquentes hypothèques et éludent la nécessité de la remise du titre de propriété en décidant que sa détention par le premier créancier rahniataire profitera aux créanciers rahniataires postérieurs. Sur la notification qui lui est faite de la concession d'hypothèques postérieures il détiendra dorénavant le titre pour son compte en même temps que pour celui des créanciers postérieurs ; il en est responsable à leur égard et ne peut plus s'en dessaisir sans leur assentiment alors même qu'il n'a pas consenti à la constitution des hypothèques subséquentes. Ces principes se trouvent consacrés dans un jugement du Tribunal de Tunis en date du 8 mai 1885, J. T. 2e ch. 95, 44, dont nous croyons utile de reproduire les considérants : « Attendu que, d'après les usages tunisiens, recueillis, constatés et coordonnés par une jurisprudence déjà abondante de la juridiction française, celui qui a engagé sa propriété à un créancier peut ensuite consentir à un autre un droit de gage de second rang.

« Qu'alors le premier créancier gagiste ne doit pas se dessaisir du titre de la propriété pour le remettre au débiteur commun sans le consentement du second ; qu'il le détient pour le compte de ce dernier aussi bien que pour le sien propre dès qu'il a été régulièrement averti de l'existence du second droit de gage ;

« Attendu que le sieur X... avance une théorie inexacte lorsqu'il soutient qu'il est nécessaire, pour l'existence et la validité du gage de second rang, que le créancier gagiste primitif donne son assentiment à une combinaison qui a pour résultat de le gêner en introduisant un tiers dans les relations ultérieures entre son débiteur et lui-même ;

« Attendu qu'il ne saurait être nuisible aux intérêts du débiteur, qui sont aussi dignes de sollicitude que ceux du créancier, que le droit du pays ménage au premier le moyen de se procurer du crédit ailleurs que chez celui qui s'est déjà fait remettre un gage d'une valeur disproportionnée

avec sa créance ; que c'est même la possibilité de donner un gage de second rang à un tiers qui représente le seul moyen de salut qui reste à l'emprunteur d'une faible somme qui a dû remettre, pour se le procurer, toutes les facultés immobilières à son prêteur et que ce serait consacrer au profit de celui-ci une grande iniquité que de lui permettre de s'opposer à tout nouvel emprunt garanti qui ne serait pas fait à sa propre caisse. » (2e Chambre, présidence de M. Berge).

Dans le même sens, Tunis, 21 février 1889, J. T. 1889-94. Alger, 10 octobre 1892. Tunis, 18 juillet 1894, J. T. 94. 470. T. 4 avril 1894. T. 94.398 — T. 2e ch., 8 mai 1889, J. T. 1895, 477 — T. 1re ch., 15 juillet 1895, J. T. 1895, 488 — 29 juin 1896, J. T. 96, 553.

Pour être régulière la notification doit avoir été effectuée par les adouls si les parties sont toutes tunisiennes et par huissier si l'une d'elles est justiciable des Tribunaux français. Ouzara, 6 décembre 1897, J. T. 1898, 441 — T. 1er ch., 6 décembre 1897, J. T. 1898, 217.

Les hypothèques subséquentes prennent rang non pas à la date du contrat d'où elles procèdent mais à celle de leur signification au premier créancier hypothécaire. C'est dans l'ordre chronologique des notifications qu'elles viendront sur le prix de l'immeuble hypothéqué (1).

Dans le cas où l'immeuble a fait l'objet d'une dation en payement au profit du premier créancier hypothécaire la jurisprudence reconnaît à celui-ci le droit de le dégrever des hypothèques d'un rang inférieur à la sienne en accom-

(1) Le droit musulman tunisien n'admet aucun privilège immobilier : il a été jugé que ni le vendeur, ni l'échangiste, ni le bailleur de fonds destinés à l'acquisition, à la construction ou à la réparation d'un immeuble ne peuvent réclamer un droit de préférence et l'opposer au créancier rahniataire détenteur du titre de propriété. T. 2e ch. 31 octobre 1891, R. A. 94, 25, 70 — T. M. 2e ch. 1er mai 1897, J. T. 97, 312 — T. 1re ch. 2 novembre 1898, J. T. 99, 398 — T. 2e ch. 31 octobre 1891, R. A. 94, 2, 570. Il n'est reconnu qu'un seul privilège général : celui du Trésor tunisien pour le recouvrement de ses créances de toute nature ; ce privilège ne prime pas toute-

plissant les formalités de la purge des art. 275 et s. de la loi foncière du 1er juillet 1885 — T. 2e ch., 8 mai 1895, J. T. 95-477. Cette solution n'a pas de base juridique, la loi foncière devant s'appliquer exclusivement aux immeubles immatriculés : dans la rigueur des principes la dation en paiement ne saurait produire d'effet que du consentement des créanciers subséquents.

La rahnia donne naissance en outre du droit de préférence au droit de suite qui en est l'auxiliaire indispensable et qui permet au créancier hypothécaire de méconnaître les aliénations consenties par le débiteur. Malgré la constitution de la rahnia, celui-ci, en effet, a conservé le droit de disposer de l'immeuble ainsi grevé, la vente dans le droit musulman tunisien étant parfaite entre les contractants du seul consentement des parties. Tunis, 2e ch. 1er mai 1890, J. T. 90, 227. Mais à l'égard des tiers et telle est, dans l'espèce, la qualité du créancier rahniataire toute mutation ou constitution de droit réel ne saurait exister si elle n'a pas été inscrite sur le titre. Tunis, 15 mars 1890, J. T. 1890. 85 — Tunis, 25 novembre 1890, Robe, 1891, 249. L'aliénation ne lui est donc pas opposable et il a été même jugé par application de ce principe qu'en présence d'un tiers détenteur le créancier nanti du titre de propriété pouvait saisir directement l'immeuble contre le débiteur, T. 21 février 1889, J. T. 89, 94 — Alger, 12 janvier 1891, Robe 1891, 30. En pareil cas la jurisprudence exige toutefois qu'il soit fait au tiers détenteur, comme en droit français (art. 2169 c. c.) sommation de payer ou de délaisser, T. 21 février 1889, J. T. 89, 94 — Alger 12 janvier 1891, Robe 1891, 30.

fois, les créances rahniataires constatées dans un acte authentique et ayant acquis date certaine avant la naissance des droits du Trésor. T. 1re ch. 13 février 1893, J. T. 93, 88 — Sousse, 15 juillet 1897. J. T. 97, 635. — Ouzara, 24 mars 1887, J. T. 1898, 407 — Sousse, 19 nov. 1897, J. T. 98, 304 — Un décret, tout récent, du 13 juillet 1899, accorde au Trésor un privilège spécial qui prime dans les cas les hypothèques « sur les bâtiments, la terre et les arbres et leurs fruits, loyers et revenus » pour le recouvrement des impôts directs résultant des rôles (art. 5 et 6).

Le tiers acquéreur, ainsi touché par l'action hypothécaire, a uniquement le choix entre le payement et le délaissement, la faculté de purger n'étant pas admise par le droit tunisien, Tunis, 15 mars 1890, J. T. 90, 85 — T. 2e ch. 21 novembre 1894, J. T. 1895, 20.

Autre et délicate est la question de savoir si l'adjudication par autorité de justice ne purge pas l'immeuble de la rahnia. La loi tunisienne n'a pas prévu cette question : les tribunaux de la Régence ont maintes fois décidé que la vente aux enchères, avec les formalités voulues par la loi, en suite d'une saisie immobilière, fait sortir régulièrement l'immeuble du patrimoine du débiteur et éteint l'action hypothécaire du créancier rahniataire dont les droits de préférence sont dès lors transportés sur le prix. (Tunis, 2e ch. 10 mai 1890, J. T. 96, 47. — Tunis, 2e ch. 24 mai 1890, J. T. 90, 228.) Nous pensons avec M. de Sorbier de Pougnadoresse (1) que : « l'intérêt supérieur du crédit public « exige qu'on admette le système du tribunal de Tunis : si « une vente volontaire peut avoir été faite à vil prix et que « par suite il soit impossible de l'opposer au créancier, « il n'en est pas de même de la vente opérée par autorité de « justice et entourée des formalités protectrices prescrites « par la loi. Le prix obtenu aux enchères ne peut être consi- « déré que comme le plus haut prix que l'immeuble soit sus- « ceptible d'atteindre : le créancier gagiste a donc tout ce « qu'il pouvait atteindre de la réalisation de son gage et « l'on supprime ainsi une charge réelle sur l'immeuble, « qui est rendu à la circulation. Toutefois il faut admettre « que, pour la plus ample protection de ses droits, le cré- « ancier gagiste peut exiger la sommation de l'art 692 du « du Code de procédure civile et, s'il ne l'a pas reçue, il « lui est loisible de se refuser à remettre les titres à l'adju- « dicataire, si celui-ci ne paye pas l'intégralité de la dette

(1) *La justice française en Tunisie*, 1897, p. 354 et s.

« garantie. » T. 1re ch. 25 novembre 1890, R. A. 90, 2, 565.

La Cour d'Alger, comme le tribunal de Tunis, exige que la procédure de saisie soit notifiée au créancier rahniataire, mais elle n'autorise pas celui-ci, comme l'a décidé le tribunal de Tunis, à faire une surenchère du dixième. Alger, 1re ch. 1er juillet 1889, R. A. 91, 2, 448.

Le créancier rahniataire, non payé à l'échéance de la dette, a le droit de poursuivre l'expropriation du bien grevé. Mais il ne peut s'en attribuer purement et simplement la propriété, le droit tunisien, comme le droit français, prohibant le pacte commissoire en vertu duquel il serait stipulé qu'en cas de non-payement à l'échéance, le créancier deviendrait ipso jure propriétaire de l'immeuble engagé par la remise du titre de propriété. T. 12 mai 1884, J. T. 93, 329. — T. 31 octobre 1894, J. T. 94, 558. — (Taoudi, I. 183. — Khallil, III, 544 et s. — Tohfat d'Ebn Acem, 246. — Medjella, 759.) Constituée par acte notarié ou sous seing privé, la rahnia n'emporte pas de plein droit la faculté de saisir immobilièrement le bien qui en est affecté : le créancier, en d'autres termes, ne pourra pas poursuivre la vente sur simple cahier des charges, il doit prendre préalablement un titre de condamnation. Tunis, 15 et 22 juillet 1885.

D'anciennes coutumes tunisiennes lui imposent, d'autre part, une obligation analogue à celle de l'art. 2209 du Code Civil français : il ne pourra poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués qu'en cas d'insuffisance de ceux qui lui sont donnés en rahnia. (Argt. art. 534 et 536 du décret du 26 avril 1861. Tunis, 14 octobre 1885, J. T. 94, 318. — T. 2e ch. 15 mars 1890, J. T. 90, 85.) Mais la jurisprudence lui reconnaît le droit de procéder, tout d'abord à la discussion du mobilier. T. 22 juin 1891, J. T. 1896, 255. Sousse, 21 janvier 1898, J. T. 98, 332.

Le droit de faire vendre l'immeuble grevé n'appartient

pas uniquement au créancier rahniataire, le droit tunisien, comme le droit français, consacrant le principe d'après lequel tous les biens d'un débiteur forment le gage commun de tous les créanciers. Ainsi, il a été jugé, que la rahnia ne donne pas à celui au profit duquel elle a été constituée, le droit exclusif de poursuivre la réalisation, à tel point que la saisie pratiquée sur l'immeuble engagé par un créancier chirographaire soit nulle. Dans cette hypothèse, le créancier rahniataire n'a d'autre droit que celui d'intervenir à la distribution des deniers devant la juridiction qui procède à l'expropriation forcée du débiteur pour y faire valoir son droit de préférence. (Tunis, 2e ch. 11 décembre 1895, J. T. 1896, 56.)

Saisie immobilière

Le droit musulman tunisien n'établit aucune procédure relative à la saisie immobilière, quoiqu'il reconnaisse la nécessité de l'intervention des tribunaux indigènes dans la vente forcée des immeubles non immatriculés, s'exerçant entre tunisiens. (Art. 538, C. C. Tunis, de 1861).

Lorsque l'expropriation en est poursuivie devant la juridiction française, les règles qui la déterminent devraient rigoureusement être celles suivies en Algérie, et contenues dans le Code de procédure. (Art. 7 de la loi de 1883). Mais leur introduction, dans une organisation foncière où il n'y a ni cadastre, ni publicité, ni transcription, eut été absolument impraticable : aussi a-t-il fallu se décider à n'utiliser du droit francais que ce qui serait reconnu applicable et à dire qu'aucune nullité ne pourrait résulter de l'inobservation de telle ou telle prescription légale incompatible avec le caractère du droit immobilier du pays (1). (Alger, 1re ch. 25 février 1891, J. T. 93, 251. — Alger, 2e ch.

(1) Berge, *De la juridiction française en Tunisie*, p. 71.

12 janvier 1893, J. T. 93, 320. — Alger 2e ch. 27 janvier 1894, J. T. 94, 209. — T. 2e ch. 30 mars 1889, J. T. 89, 50.) Il a été jugé, en vertu de ce principe, que l'immobilisation des fruits qui, d'après les art. 678, 679 et 680 du Code de Procédure, résultat de la transcription de la saisie, se produira du premier fait de publicité c'est-à-dire du jugement qui donne acte au poursuivant de la lecture et de la publication du cahier des charges. (T. 2e ch. 24 juillet 1890, J. T. 93, 108. — T. 1re ch. 19 décembre 1892, R. A. 93. 2. 123.) Il a été jugé également que l'huissier n'était pas tenu de se conformer aux paragraphes III et IV de l'art. 675 du Code de Procédure sur la désignation des biens saisis et l'extrait de la matrice cadastrale qui s'y rapporte. (T. 2e ch. 18 novembre 1892, J. T. 94, 489.) On a décidé, d'autre part, étant donnée l'absence de toute publicité des charges hypothécaires, que la surenchère du dixième, basée sur l'art. 2185 C. C. est irrecevable de la part des créanciers rahniataires. (Alger, 1re ch. 1er juillet 1889, réformant T. 2e ch. 28 juin 1888. — T. 2e ch. 24 avril 1890, R. A. 91. 2. 448. — J. T. 90, 320.) Enfin, on a été obligé, pour le même motif, de substituer la procédure par contribution à la procédure d'ordre dans la distribution du prix de l'immeuble entre les divers créanciers. (T. 2e ch. 20 juin 1894, R. A. 94, 2, 503. T. 2e ch. 31 octobre 1894, J. T. 94. 556. — T. 2e ch. 15 mai 1895, J. T. 95, 434.)

La jurisprudence, d'un autre côté, admet la validité des demandes en distraction présentées dans les formes prescrites par les art. 726 et s. du C. de Procédure mais, à raison des abus qui pourraient se produire en la matière, abus d'autant plus possibles que la propriété est occulte, elle a décidé que l'art. 727 ne liait pas le juge et que le créancier poursuivant pouvait être autorisé, à ses risques et périls, à passer outre à toute demande en distraction et à réaliser l'adjudication. Mais cette solution n'en compromettait pas moins les adjudicataires qui demeuraient à la

merci d'une éviction ultérieure. Un décret du 17 chaâbane 1309 (16 mars 1892) y a remédié de la manière suivante : Par une réquisition, faite au nom du saisi, le créancier poursuivant a le droit de demander l'immatriculation de l'immeuble saisi, préalablement à l'adjudication ; l'on va même jusqu'à le considérer en faute si, n'étant pas certain des droits de propriété de son débiteur, il n'y a pas procédé. T. 2e ch. 24 nov. 1893, 20 décembre 1893, J. T. 94, 67 et 104. — T. 2e ch. 8 mai 1895, J. T. 95, 433. — T. 2e ch. 23 octobre 1895, J. T. 95, 596. Le droit de demander l'immatriculation préalable n'appartient pas au saisi car il y trouverait un moyen d'entraver la marche de l'adjudication mais il est reconnu au Tribunal qui peut la requérir d'office. T. 2e ch. 19 décembre 1894, J. T. 95, 201. Enfin, l'art. 9 dudit décret permet à l'adjudicataire de subordonner l'exécution des conditions du cahier des charges à l'immatriculation de l'immeuble : il devra, à cet effet, consigner le prix dans la quinzaine de l'adjudication et déposer dans la quinzaine suivante une demande à fin d'immatriculation. (Art. 10 du décret beylical de 1892 précité).

CHAPITRE III

Aperçu Critique

Dans les pages qui précèdent nous nous sommes efforcé de faire uniquement œuvre d'exposition, de présenter le nantissement sous les diverses formes qu'il affecte dans le droit musulman tunisien — rahn-el-antifaâ, bay-ettounia ou el-ouafa, rahnia — sans indiquer les inconvénients de son organisation. Le moment est venu de s'expliquer à cet égard si tant est que de longues explications soient nécessaires pour ce régime au sujet duquel Monseigneur Ahmed Belkhodja, Cheikh El Islam du rite hanéfite, a dit lui-même : « Beaucoup de personnes se figurent qu'un contrat de nantissement est solide alors qu'il se disloque de tous côtés. »

Trois vices sont inhérents au système des sûretés réelles du droit tunisien : l'incertitude de ses sources, la précarité de la propriété et l'absence de toute publicité.

La législation relative aux immeubles non immatriculés et aux droits réels sur ces immeubles dérive, ainsi que la remarque en a été faite au début de cette étude, des principes généraux formulés dans le Coran, développés par les jurisconsultes et envisagés en sens divers par les coutumes du pays. Elle forme un ensemble disparate de règles sans précision ni unité sur l'existence desquelles s'élèvent les plus sérieuses difficultés. De cette absence de codification il résulte que pour la position d'un principe déterminé les solutions des jurisconsultes sont aussi variées que les espèces qui se présentent : nous l'avons déjà constaté à maintes reprises, particulièrement pour la vente à

réméré qui selon les uns constituent une vente valide, selon d'autres une vente vicieuse. La coexistence de plusieurs rites entre lesquels il est reconnu au défendeur la faculté d'opter viennent encore ajouter à la confusion qui naît de l'état imprécis de la coutume. Cette incertitude, qui paralyse tout essor économique et annihile le crédit se rencontre à l'occasion de toute transaction immobilière et se retrouve avec plus d'acuité dans la matière du nantissement.

L'organisation défectueuse de la propriété foncière apporte, d'un autre côté, son contingent d'insécurité au crédit hypothécaire. Le régime hypothécaire d'un pays se rattache, en effet, d'une manière intime à celui de la propriété et souffre ou profite des inconvénients ou des avantages de ce dernier. Ce principe, qui n'est pas contestable, est d'ailleurs conforme à l'essence même de l'hypothèque qui n'est qu'un démembrement du droit de propriété : lorsqu'un régime foncier est incertain, lorsqu'il laisse la porte ouverte aux pièges et aux fraudes le système hypothécaire s'en ressent et participe de la précarité de la propriété qui en est l'assiette. Or, tels sont les caractères de l'organisation de la propriété foncière en Tunisie. Certes le droit des détenteurs du sol est habituellement constaté par un titre de propriété mais celui-ci ne donne que des indications superficielles sur la délimitation de l'immeuble et sur sa condition juridique. Il arrive aussi, comme le fait remarquer M. Alfred Dain, que pour une même propriété plusieurs titres ont été rédigés « on peut trouver à Tunis « des adoul complaisants et des officines où se pratique la « fabrication de ces fausses pièces et cette industrie sem- « ble d'autant plus prospère que les terres sont plus recher- « chées. » D'autre part, l'usage de suppléer au titre de propriété par la confection d'un acte de notoriété, outika, facilite la fraude et aggrave le péril : ainsi deux titres peuvent exister pour le même immeuble et le créancier qui a

été nanti de l'un d'eux n'est pas à l'abri de l'éviction qui proviendrait d'une vente de son gage consommée en vertu de l'autre. « Nous avons vu se dérouler dans nos prétoires, « dit M. Berge, l'éminent Directeur des Services judiciai- « res, une longue série d'affaires dans lesquelles on dé- « couvrait que la même propriété avait été engagée deux « fois à deux prêteurs différents, une fois par la remise du « titre de propriété, l'autre par la remise d'une outika an- « cienne se rapportant au même immeuble et que des « parents prévoyants avaient fait préparer. Nous avons vu « aussi des ventes ou des engagements de biens hâbous, « c'est-à-dire inaliénables, conclus sur une outika ; des « outikas contradictoires dressées le même jour ou à peu « près par les mêmes notaires sous la surveillance du mê- « me cadi ; des outikas se rapportant à des immeubles ima- « ginaires ou dressés en faveur de propriétaires fictifs, soit « pour tromper la justice, soit pour escroquer quelque « argent à un prêteur ou à un acheteur inexpérimenté. »

Lorsque l'on envisage, enfin, le système des garanties réelles en lui-même on n'a guère plus de satisfaction : la clandestinité la plus absolue préside à la constitution du rahn comme à la transmission de la propriété. Si ce caractère occulte favorise par certains côtés le débiteur, en tenant inconnu l'état précaire de son crédit, il ne protège en aucune manière les intérêts des tiers et est une source féconde de complication et de difficultés.

Puisé dans une législation indéterminée et confuse basé sur une organisation rudimentaire de la propriété le système hypothécaire du droit musulman tunisien ne répond nullement aux véritables besoins du crédit.

Il appartenait au Gouvernement du Protectorat, après avoir mis l'ordre dans les finances et réorganisé la justice, de couronner son œuvre de haute civilisation par l'établissement d'un régime immobilier qui eût pour effet, suivant

l'expression du Procureur général Dupin, que « celui qui achète soit certain d'être propriétaire, que celui qui paye ne soit pas obligé de payer une seconde fois, que celui qui prête soit sûr d'être remboursé. »

ANNEXE

FORMULE D'ACTE DE NANTISSEMENT MALÉKITE ÉTABLI POUR UN PRÊT (1)

Louange à Dieu !

L'honorable *un tel*, fils *d'un tel*, doit à l'honorable *un tel*, fils *d'un tel*, *tant* de piastres qu'il reconnaît avoir reçues *ou* qu'il a reçues, à la vue des notaires du présent, à titre de prêt, et qu'il lui remboursera à première réquisition, *ou* à tel moment.

Comme condition de ce prêt il a donné en gage à son créancier, pour sûreté seulement de ladite somme, la totalité de la maison ouvrant à l'est, *par exemple*, située dans tel quartier et limitée, d'après son titre, par *tel* et *tel* et, d'après constatation sur les lieux, par *tel* et *tel*.

Si le gage est de ceux qu'on peut cacher, tels que : objets, mobiliers et animaux, vous en donnerez une description précise, puis vous direz :

Il a ainsi fait nantissement parfait, valable, avec prohibition d'aliéner le gage et de le soumettre à des causes d'aliénation jusqu'à l'expiration du délai susdit.

Le créancier lui restituera le gage quand il se sera acquitté envers lui de sa dette.

Le débiteur s'est dessaisi complètement du gage et le créancier en a pris livraison à sa place, à la vue des deux notaires du présent, d'une façon parfaite.

Dont acte pris contre les deux contractants, etc.

(1) Recueil d'actes notariés de Mohamed Elbachir Ettouati, traduit et annoté par M. J. Abribat, Tunis 1896.

Si le débiteur donne au créancier la faculté de réaliser le gage pour le cas où, à l'échéance il ne trouverait pas payement de sa créance, vous direz après « pris livraison d'une façon parfaite » :

Si, à l'expiration du délai il ne rembourse pas au créancier sa créance, il lui donne d'ores et déjà pouvoir de vendre le gage à sa valeur réelle ou à un prix moindre; le créancier se paiera ainsi de sa créance sur le prix et alors, s'il y a un excédent, il le rendra au débiteur qu'il poursuivra pour la différence, en cas d'insuffisance du gage, sans besoin de consulter ni cadi, ni magistrat.

Le débiteur l'a constitué, à cette fin, son mandataire durant sa vie et son tuteur testamentaire après sa mort, et ce pouvoir ne sera révoqué qu'autant qu'il aura été payé.

Il lui a ainsi donné pouvoir parfait.

Dont acte etc.

NANTISSEMENT FOURNI POUR UNE VENTE

Louange à Dieu !

L'honorable *un tel,* fils *d'un tel,* doit à l'honorable *un tel,* fils *d'un tel,* sept cents piastres, *par exemple,* pour prix de *telle chose* qu'il lui a achetée après l'avoir examinée et agréée et en avoir pris livraison d'après sa propre déclaration *ou* à la vue des deux notaires du présent.

Il lui paiera cette somme à l'expiration d'une seule année, *par exemple,* à compter d'aujourd'hui.

Comme condition il donne en gage au créancier, pour sûreté de ladite somme, la totalité de....., *et autres énonciations comme dessus.*

S'il lui donne la jouissance du gage, vous direz après « Il a ainsi fait nantissement parfait » :

Il lui a donné le droit de jouir dudit gage pendant toute

la durée susdite parce qu'ils en sont convenus tous les deux dans le corps du contrat.

Dont acte, etc.

ACTE DE NANTISSEMENT HANAFITE

Louange à Dieu !

L'honorable *un tel*, fils *d'un tel*, a vendu à *un tel*, fils *d'un tel*, la totalité de la maison ouvrant au sud, *par exemple*, située dans *tel* quartier, et limitée : au sud, par..... ; à l'est, par.....; au nord, par.....; et à l'ouest, par.....; avec ses servitudes actives, ses limites et la généralité de ses utilités, à titre de vente à réméré et du nantissement en usage à Tunis, conformément au rite hanéfite, le pur — que Dieu soit satisfait de son imam et de tous les imams réunis ! — ou qu'il a reçu de l'acheteur la contre-valeur de cet immeuble s'élevant à mille deux cents piastres tunisiennes du petit module en argent, *ou* en billon, à la vue des notaires du présent, *ou* comme il l'a reconnu.

Il a fait ainsi vente parfaite.

L'acheteur a comparu et a reçu du vendeur ladite chose à ce prix, en reconnaissant l'avoir vue, examinée et en avoir pris possession, à la vue des deux notaires du présent. Et il n'est plus resté au vendeur sur cette chose absolument aucun droit, aucune propriété, ni semblant de propriété, à quelque titre que ce fût.

Dont acte reçu contre les deux contractants, etc.

Si l'acheteur a reçu le titre de la maison, vous direz après « à la vue des deux notaires du présent » : il a reçu du vendeur le titre de ladite maison à la vue des notaires.

FORMULE DE KETOUBA

(Contrat de mariage israëlite)

contenant stipulation d'hypothèque au profit de la femme (1)

« Le... de la semaine, le... du mois, année... de la créa-
« tion du monde, suivant le compuct adopté ici... ville
« sise..... comme quoi le R. Isaac, fils d'Abraham, a dit à
« Rebecca, fiancée, vierge (2), fille de R. Béthuel : sois ma
« femme suivant la loi de Moïse et d'Israël, et moi avec
« l'aide du ciel je travaillerai, je te respecterai, assurerai
« ta nourriture et ton entretien et pourvoierai à tes besoins.
« J'aurai à ton égard les obligations imposées aux maris
« Juifs qui travaillent, respectent, nourrissent, entretien-
« nent leurs femmes et pourvoient à ce qui leur est néces-
« saire. Je te donnerai, pour le douaire de ta virginité,
« deux cents zuz (3) qui te sont dus, ainsi que ta nourri-
« ture, ton entretien, tes vêtements et l'amitié conjugale. »

« Rebecca la fiancée, vierge, ici présente, a déclaré qu'elle
« consentait à être la femme de son fiancé R. Isaac. La né-
« dounia qu'elle apporte avec elle de la maison de ses père
« et mère dans la maison conjugale, consistant en argent,
« or, vêtements, bijoux, literie et autres meubles valant
« *tant* de dinars de bon aloi ayant cours dans la province
« pour toute transaction.

(1) Nous empruntons cette formule, extraite de la Mischna et rapportée par Ben Tsemach, au Code Rabbinique, EBN HAEZER, op. cit. p. 6, note 4.

(2) Cette indication du contrat est importante, le montant de la dot légale étant différent suivant les cas, 200 zuz ou dinars pour la femme vierge, 100 zuz pour les autres.

(3) Quatre zuz ou dinars formaient un sicle. Les 200 zuz correspondent donc aux 50 sicles qui composent d'après le texte biblique la dot légale de la vierge (DEUTÉRONOME, chap. XXII, v. 29). Le zuz talmudique étant le huitième du zuz biblique représentait donc dix centimes environ et par suite la dot légale, composée de 200 zuz, était de 20 francs environ. Au surplus la détermination exacte de la valeur du zuz n'a pas d'importance juridique. On suit pour la fixation de la dot légale les usages des lieux (SAUTAYRA et CHARLEVILLE, op. cit. p., 24, note 6).

« Le fiancé R. Isaac consent à accorder à titre d'aug-
« ment *tant* de dinars de la monnaie sus-mentionnée. Le
« tout, nédounia et augment, a été estimé à *tant* de dinars.

« Voici ce que nous a dit R. Isaac, le fiancé sus-nommé :
« Le contrat comprenant la Ketouba (1), la nedounia et
« l'augment devra être payé par moi, ou par mes héritiers
« après moi, sur les biens que j'ai acquis ou que j'acquer-
« rai, meubles et immeubles, et tous mes biens, ceux qui
« peuvent être repris et ceux qui ne peuvent l'être, assure-
« ront ensemble le contrat, ils garantiront tout ce qu'il
« contient, la ketouba, la nédounia et l'augment et tout
« devra être remboursé intégralement, même par le man-
« teau que j'ai sur les épaules. Tout le temps que ce contrat
« sera présenté par ma femme elle-même ou par ceux qui
« tiennent ses lieu et place, sans qu'il soit déchiré ou que sur
« le revers ne se trouve écrit qu'il a été payé, elle ou ses héri-
« tiers seront crus, vis-à-vis de moi ou de mes héritiers,
« s'ils déclarent n'avoir pas reçu en totalité ou en partie la
« somme représentant la ketouba, la nédounia et l'augment.

« Tout le contenu du présent contrat a l'authenticité im-
« muable de deux témoins véridiques et aucun serment ne
« peut en atténuer les dispositions.

« Je l'accepte pour moi et pour mes héritiers avec le ki-
« nian ; nous en sommes garants sur tous nos biens saisis-
« sables à compter de ce jour. Le R. Isaac s'engage vis-à-vis
« de la fiancée par le kinian pour tout le contenu du pré-
« sent acte. »

Signatures des deux témoins et du fiancé.

(1) Le mot « ketouba » se présente dans la loi mosaïque avec des sens divers. Tantôt il indique « l'écrit » le contrat ; tantôt la dot légale ; enfin dans un sens très large il comprend la dot entière : dot légale — augment et apport de la femme (nédounia). On l'emploie sous ces différentes significations dans la pratique tunisienne.

APPENDICE

LA RÉFORME HYPOTHÉCAIRE PRÉCONISÉE DANS L'AVANT-PROJET (1)

Le caractère imprécis des principes de la législation coutumière tunisienne ne s'attache pas spécialement à la matière hypothécaire mais s'étend, sans restriction aucune, aux diverses branches du droit. Les droits réels comme les droits personnels, la propriété comme les obligations, ne sont soumis à aucune règle fixe et l'arbitraire, inhérent à tout ce qui ne relève que de la coutume, préside à leur détermination. Le droit musulman tunisien, en d'autres termes, se présente avec une nuance prétorienne accentuée et ses principes les plus essentiels attendent, dans une très large mesure, leur solution du pouvoir discrétionnaire du juge. On comprend aisément les dangers et l'absence de garanties qu'offre, pour les justiciables, une semblable législation et l'impérieuse et urgente nécessité de sa réfection. S'il est de la nature du Protectorat de ne pas briser les cadres de l'organisation du pays protégé, de lui laisser ses institutions et ses lois il est de son effet d'y apporter les modifications commandées par sa mission civilisatrice qui se résume dans le relèvement matériel et moral du peuple protégé.

C'est à ces sentiments, croyons-nous, que répond l'initiative prise par l'arrêté résidentiel du 6 septembre 1896 qui a institué une Commission ayant pour mandat de codifier la législation civile, commerciale et pénale applicable aux sujets tunisiens. D'après son acte constitutif cette

(1) Travaux de la Commission de codification des lois tunisiennes. Fascicule I, Avant-projet, Tunis 1899.

Commission avait une double tâche à remplir. Elle devait, en premier lieu, réunir, classer et choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification en laissant de côté, toutefois, les matières relevant soit du statut personnel, soit du régime de la propriété foncière. Elle avait à rechercher, d'autre part, dans la jurisprudence musulmane et dans la législation tunisienne tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue soit des principes de droit moderne, soit des conditions actuelles de la société indigène (1). Les Travaux de la Commission ont abouti à la confection d'un avant-projet, œuvre de son rapporteur M. Santillana, destiné à servir de base aux délibérations d'une Commission spéciale plus étendue. De cet avant-projet, considérable tant par le nombre de ses dispositions que par l'importance des problèmes envisagés, nous ne retiendrons que la partie qui entre dans le cadre de notre étude, celle relative aux hypothèques.

L'hypothèque, dit l'art. 1854 de l'avant-projet, confère au créancier le droit de se faire payer sur les immeubles ou les droits immobiliers qui en sont l'objet par privilège et préférence à tout autre créancier. Soumise aux règles générales du nantissement elle peut résulter de la loi ou de la convention (art. 1856). Il n'est pas admis d'hypothèque légale au profit de la femme ni du mineur : l'hypothèque légale appartient :

1° Au vendeur, au copermutant ou donateur sur les immeubles et autres objets susceptibles d'hypothèque par lui aliénés, pour sûreté des obligations résultant du contrat de vente, d'échange ou de donation ;

2° Aux cohéritiers, communistes et autres copartageants sur les immeubles tombés dans l'hérédité ou dans la com-

(1) Avant-propos, p. I de l'avant-projet, op. cit.

munauté pour garantir le payement des soultes et indemnités stipulées dans l'acte de partage;

3° Aux ouvriers et autres personnes qui ont travaillé à un édifice dans les cas établis par la loi (art. 1587).

L'hypothèque conventionnelle, qui doit être constatée, à peine de nullité, par écriture ayant date certaine (art. 1858) est subordonnée quant à son existence ou à sa validité à trois conditions de fond. Il faut : 1° Que le constituant soit propriétaire des biens qu'il s'agit d'hypothéquer (art. 1786-1865) et capable de les aliéner (art. 1868); 2° Que l'hypothèque soit spéciale; 3° Que les immeubles soient susceptibles d'une semblable affectation.

L'acte d'où procède l'hypothèque ou un acte postérieur réalise la spécialité au moyen d'une double indication : l'une consiste en la désignation des immeubles hypothéqués, de leur nature, de leur situation, de leurs limites, de leur nom, s'ils en ont un, et de tous détails qui permettent de les reconnaître avec certitude (art. 1858). La seconde indication sera de la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie (Art. 1866).

L'article 1862, détermine les biens susceptibles d'hypothèque. Ce sont :

1° Les biens immobiliers par leur nature ou par la détermination de la loi;

2° L'usufruit de ces mêmes biens, pendant le temps de sa durée;

3° Les mines, minières, carrières et gisements considérés indépendamment de la surface, dans les conditions déterminées par les lois spéciales;

4° La superficie, indépendamment du sol sur lequel elle est bâtie, et soit qu'ils appartiennent à la même personne, soit qu'ils appartiennent à deux propriétaires différents;

5° Les fruits et récoltes pendants par racines, indépendamment du sol qui les porte;

6° Une part indivise des biens énumérés ci-dessus;

7° Les droits du crédi-rentier et ceux de l'enzeliste ou débi-rentier sur les biens concédés à enzel;

8° Les droits du propriétaire et ceux du tenancier sur les biens affectés d'un droit de khoulou, de hazaka, de kirdar ou de naçba;

9° Les droits du megharci ou colon partiaire sur les plantations qui font l'objet de son contrat;

10° Les navires et bâtiments, ou des portions indivises de navires ou de bâtiments.

Les droits d'usage ou d'habitation et autres droits déclarés incessibles par la loi ou par l'acte qui les constitue, les servitudes prises isolément du fonds auquel elles appartiennent ne peuvent pas faire l'objet d'une affectation hypothécaire (art. 1864) : il en est de même des biens à venir par application du principe de la spécialité du gage hypothécaire, mais ne sont pas considérés comme tels un navire en construction, un édifice non encore achevé (art. 1863).

L'hypothèque conventionnelle, qui pourra résulter d'un acte passé valablement à l'étranger, pourra également être consentie pour la sûreté d'un crédit ouvert ou d'une simple ouverture de compte courant, d'une obligation éventuelle, future ou conditionnelle pourvu que la somme qui devra être ainsi garantie soit fixée dans l'acte (art. 1861, 1867) ainsi que pour la sûreté d'un titre au porteur, d'une lettre de change ou d'une autre valeur négociable se transmettant par tradition ou par endossement (art. 1868).

L'hypothèque n'est soumise à aucune autre condition de fond : la remise au créancier des titres de propriété de l'immeuble hypothéqué qui est essentielle pour la validité de la constitution du nantissement dans la coutume de Tunis, n'est pas requise dans le système proposé par l'avant-projet : il y supplée par l'organisation d'un système de publicité.

La publicité se réalise par une inscription au bureau d'enregistrement de la situation des biens. Entre les par-

ties, elle n'est pas exigée pour l'efficacité de l'hypothèque : bien plus, le seul engagement de constituer cette garantie, autorise celui envers lequel l'engagement a été pris, à en exiger la réalisation ou, à défaut, à demander des dommages-intérêts (art. 1860). Mais l'inscription est imposée pour rendre l'hypothèque opposable aux tiers : c'est elle qui fixe le droit de préférence et son numéro d'ordre détermine le rang de l'hypothèque, soit légale, soit conventionnelle (art. 1901).

L'inscription est opérée par le ministère du Receveur du bureau de l'Enregistrement de la situation des biens. Lorsqu'il s'agit de navires et bâtiments, elle s'effectue au bureau du lieu où le navire est en construction ou de celui où il est immatriculé (art. 1870). Celui qui la requiert, doit représenter les deux pièces suivantes :

1° L'acte d'où procède l'hypothèque ;

2° Un bordereau en double expédition signé par le requérant. Le Receveur de l'Enregistrement fait mention sur le registre, à ce spécialement destiné, du contenu aux bordereaux et remet au requérant le titre présenté à l'inscription et l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir effectué l'inscription en mentionnant la date, le numéro d'ordre et le registre de l'inscription. La même indication sera faite sur le titre constitutif (art. 874).

Les bordereaux devront contenir les énonciations suivantes :

a/ Les nom, prénoms et surnoms, profession et demeure du créancier ou sa raison de commerce, si le titre n'est au porteur, avec élection de domicile dans le ressort du tribunal. Mais il est loisible au créancier et à ses ayants-cause de changer le domicile précédemment élu par une déclaration contenue dans un acte authentique ou dûment légalisée et à la charge d'en indiquer un autre dans le ressort du même tribunal (art. 1871-1877). A défaut d'élection, le créancier sera présumé avoir élu domicile au bureau de

l'Enregistrement; cette présomption est de droit, lorsque le titre est au porteur.

b/ Les nom, surnoms ou raison de commerce, la profession et demeure du constituant.

c/ La date et la nature du titre constitutif de l'hypothèque et lorsque ce titre est un acte notarié ou public, les noms des notaires ou de l'officier public qui l'ont reçu.

d/ Le montant de la créance hypothécaire et des accessoires; si elle a pour objet des prestations en nature, évaluation en sera faite. Cette détermination, dans le bordereau, de la somme suppléera à l'absence de spécialité dans l'acte constitutif (art. 1866).

e/ L'époque de l'exigibilité ou de l'échéance, lorsque la créance est échue, la mention qu'elle est échue; lorsqu'elle est conditionnelle ou éventuelle, l'indication de la condition et du cas où elle pourrait devenir exigible.

f/ En dernier lieu le bordereau désignera d'une manière précise la nature et la situation du bien grevé, l'indication du nom s'il y en a un.

L'inscription des hypothèques légales du vendeur, de l'échangiste et du copartageant, s'effectuera sur la représentation de l'acte de vente, d'échange ou de partage et de deux bordereaux mentionnant les noms, prénoms et profession des parties, la date et la nature du titre en vertu duquel on a droit à l'hypothèque ainsi que la double indication de la somme garantie et du bien grevé (art. 1872).

Les énonciations des bordereaux servent de base à celles de l'inscription. Mais l'omission ou l'inexactitude de l'une d'elles n'en entraîne pas nécessairement la nullité : à cet égard l'avant-projet laisse au juge un pouvoir discrétionnaire. La nullité de l'inscription ne sera prononcée qu'autant que l'omission ou l'inexactitude ait produit une incertitude *absolue* sur la personne du créancier, sur celle du débiteur, sur celle du détenteur du fonds hypothéqué, lorsqu'il est nécessaire de l'indiquer, sur l'identité des

biens hypothéqués ou sur le montant de la créance (art. 1879).

L'inscription effectuée conserve l'hypothèque jusqu'à la radiation et fait colloquer au même rang que le capital de la créance :

1° Les frais de l'acte constitutif qui ont du être évalués dans le bordereau ;

2° Les frais de l'inscription et des poursuites. Les premiers, avancés par le requérant, sont à la charge des parties pour moitié, s'il n'en est autrement convenu (art. 1886) ;

3° Les intérêts à échoir pour une année seulement, à partir de l'inscription, lorsqu'il y a stipulation en ce sens dans l'inscription (art. 1877).

A défaut d'acquittement de la dette, à l'échéance, le créancier inscrit peut procéder, après un commandement resté sans effet, à l'expropriation de l'immeuble hypothéqué : il peut, également, en vertu d'une autorisation du tribunal, obtenir que l'immeuble lui demeure en payement jusqu'à due concurrence d'après une estimation faite par experts. Dans tous les cas, la clause dite de voie parée et le pacte commissoire sont prohibés en matière hypothécaire (art. 1895, 1897).

L'Avant-Projet reconnaît au débiteur le droit de disposer de la chose grevée et organise le droit de suite du créancier hypothécaire. Le tiers détenteur, touché par la sommation, peut payer, purger ou délaisser lorsqu'il n'a pas d'exceptions à opposer au créancier hypothécaire. S'il ne prend aucun de ces partis l'action hypothécaire suivra son cours contre lui (art. 1907).

Le délaissement c'est-à-dire l'abandon de la détention de l'immeuble hypothéqué ne peut être effectué que par un tiers détenteur, capable d'aliéner ou dûment autorisé. Il n'est pas, en outre, admis à délaisser lorsque les créances inscrites sont inférieures ou égales au prix stipulé dans le contrat de vente (art. 1912 et s.).

La purge, inconnue du droit musulman, fait l'objet d'une longue réglementation. Tout acquéreur qui n'est pas personnellement tenu de payer les créanciers hypothécaires a le droit d'offrir à ceux-ci le prix de son acquisition ou le montant évalué à la condition toutefois de l'avoir préalablement consigné pour le compte de ces derniers (art. 1920-1921).

Dans les dix jours (dans les trente jours pour les créanciers domiciliés hors Tunis) qui suivent les notifications à lui faites, tout créancier valablement inscrit peut requérir la mise aux enchères publiques de l'immeuble grevé à la condition :

1° d'offrir de porter ou de faire porter le prix à un dixième en sus de celui offert par le tiers acquéreur ;

2° de présenter caution ;

3° de notifier en même temps la soumission de la caution.

Le tout à peine de nullité (art. 1923).

La réquisition de surenchère, la revente sur enchères s'il y a lieu sont réglées suivant les formes de la procédure civile.

Le chapitre se clôt dans l'Avant-Projet par la réglementation des effets de la purge et par celle des causes d'extinction des hypothèques.

Tel est, dans ses lignes générales, le système hypothécaire préconisé par l'Avant-Projet pour remplacer celui du droit coutumier tunisien que nous avons précédemment exposé. Il constitue incontestablement plus qu'une constatation, plus qu'une codification des règles existantes. Par la publicité qu'il prescrit, par la détermination qu'il contient des effets de l'hypothèque à l'égard du tiers détenteur il se présente à nous comme un régime nouveau dans lequel se trouvent combinés certaines règles de la législation tunisienne et des principes du droit moderne.

Ceci étant, une question de principe se pose préjudiciel-

lement à son examen ; était-il utile, étant donnée la promulgation de la loi du 1er juillet 1885 instituant l'immatriculation, de procéder à la refonte de la législation hypothécaire tunisienne? Nous ne le pensons pas : bien plus, nous considérons une semblable réforme comme impolitique et contraire aux intérêts bien entendus du pays.

Dans l'esprit de ses auteurs, la loi du 1er juillet 1885 est appelée à devenir la loi commune de la propriété foncière en Tunisie. Si, malgré l'insécurité qu'elle présente, la législation immobilière coutumière n'a pas été abrogée ni absorbée par elle, c'est parce que des considérations très graves en avaient décidé ainsi. L'immatriculation obligatoire pour tous les immeubles, en dehors des charges budgétaires considérables qu'elle aurait entraînées pour les finances du pays, aurait eu, selon les expressions mêmes de M. le Résident général Cambon, « le grave inconvé« nient de semer l'inquiétude et le trouble, d'éveiller les « susceptibilités et les défiances des populations qui n'au« raient pas compris tout d'abord la nature et le but d'une « aussi vaste opération ». En n'imposant pas la nouvelle loi aux propriétaires qui ne voulaient pas l'accepter, en laissant à l'initiative privée le soin de se prononcer entre l'ancienne et la nouvelle législation on entendait laisser au temps et à l'expérience le soin de démontrer aux indigènes l'avantage des lois nouvelles et aboutir ainsi à rendre sans objet le régime coutumier. Lorsque, à raison de l'incertitude et de la précarité de l'organisation hypothécaire, les propriétaires des immeubles non immatriculés se trouveront désarmés, au point de vue du crédit, dans la lutte économique ils n'hésiteront certainement pas à adhérer à la loi d'immatriculation et la dualité de législations, aurait vécu. Ainsi se produirait l'évolution expressément désirée par le législateur de 1885. Or la réforme préconisée ne tendrait à rien moins qu'à la paralyser, à l'arrêter dans sa marche déjà progressive. En améliorant, en effet, le sys-

tème hypothécaire du droit tunisien par l'organisation d'une publicité qui suppose la création d'un corps nouveau ou supplémentaire de fonctionnaires on arrive à le fixer, à le maintenir et à perpétuer ainsi une dualité de législations qui, dans les vues du Gouvernement du Protectorat, ne devrait être que temporaire.

Si l'on examine maintenant la réforme proposée, en elle-même, on ne peut nier qu'elle a comblé de nombreuses lacunes du droit coutumier. Mais la publicité qu'elle propose est insuffisante parce qu'elle se réfère exclusivement au droit hypothécaire. Le caractère occulte de l'hypothèque n'est pas, comme nous l'avons fait remarquer, la cause principale d'insécurité pour les prêteurs : la plus grave résulte de l'existence pour une même propriété de plusieurs titres en sorte que le capitaliste est exposé à recevoir en hypothèque un immeuble déjà vendu ou hypothéqué. Une amélioration bien comprise du régime hypothécaire doit, par conséquent, être précédée de celle du régime de la propriété. Il n'appartenait pas, empressons-nous de le dire, à la Commission d'y procéder, l'acte qui la constituait limitant son examen et stipulant qu'il ne devait pas s'étendre à la propriété foncière : aussi sa réforme ne pouvait-elle être qu'incomplète.

Un second vice du système préconisé, qui est également la conséquence nécessaire de cette limitation, est son organisation par noms de personnes et non par désignation d'immeubles : les inscriptions hypothécaires se prennent sur le propriétaire et se trouvent disséminées sur le registre du receveur de l'enregistrement en sorte que pour rechercher toutes les hypothèques relatives à un immeuble il faut considérer pour chacune d'elles le nom du propriétaire. Or une telle recherche est pleine de complications et d'incertitudes d'autant plus que les indigènes n'ont ni état-civil ni nom patronymique et portent pour la plupart des appellations identiques.

Pour toutes ces considérations nous estimons que l'adoption du système proposé par l'Avant-Projet constituerait un pas en arrière, un recul des plus regrettables au point de vue de l'essor économique de la Régence. Le remède à l'état anarchique et désordonné de la législation hypothécaire tunisienne se trouve dans l'accession pure et simple à la loi du 1er juillet 1885 : il ne faut pas le chercher ailleurs.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION COMPARÉE

DEUXIÈME PARTIE

Législation comparée

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le Régime Hypothécaire que la loi du 1er juillet 1885 a institué en Tunisie n'a pas été une création purement originale du Gouvernement du Protectorat. Si le système de garanties du droit coutumier tunisien, système rudimentaire et primitif, ne lui a été d'aucun intérêt comme source, il n'en a point été de même des systèmes hypothécaires étrangers, ainsi que cela résulte du remarquable Rapport Résidentiel qui, dans le Recueil Officiel, précède la Loi et en constitue en quelque sorte les travaux préparatoires.

A ce pays neuf, essentiellement agricole, dont la terre est l'instrument de crédit par excellence, il fallait, en effet, une organisation hypothécaire éprouvée offrant aux capitaux nécessaires à son développement un placement à l'abri de toute insécurité et de toute équivoque. « La matière des « hypothèques, disait Réal, est sans contredit la plus im- « portante de toutes celles qui doivent entrer dans la com- « position d'un Code Civil. Elle intéresse la fortune mobi- « lière et immobilière de tous les citoyens. Elle est celle à « laquelle toutes les transactions sociales se rattachent. « Suivant la manière dont elle sera traitée, elle donnera « la vie et le mouvement au crédit ou elle en sera le « tombeau. »

Les auteurs de la loi Foncière se sont très bien rendus compte de cette influence considérable d'un bon régime hypothécaire sur le développement et l'extension du crédit et ils ont cherché, à la lumière du droit comparé, à doter la Tunisie des différentes institutions étrangères que l'expérience et la pratique de tous les jours indiquaient comme la solution la meilleure du problème hypothécaire. L'œuvre était certes des plus délicates et des plus malaisées. Mais on peut dire cependant que la difficulté en était légèrement adoucie en ce qu'à la différence de la plupart des législateurs européens qui, ne pouvant transformer d'un seul trait leur régime hypothécaire, en sont réduits, pour ne pas renverser les principes de leur droit à des remaniements partiels par suite insuffisants, le législateur tunisien avait le champ libre devant lui. Aussi a-t-il tiré profit de cette situation et ne voulant pas, avec juste raison, adopter purement et simplement le système hypothécaire de tel ou tel pays, avec ses avantages et nécessairement ses inconvénients, a-t-il fait œuvre d'heureuse sélection en y prenant tout ce qu'il considérait comme s'appropriant le mieux aux exigences et aux besoins de la Tunisie.

Il convient dès lors pour bien se pénétrer de la loi de 1885, au besoin pour en combler les lacunes, de remonter aux sources d'où elle est née, de les examiner une à une et d'indiquer le parti qui en a été tiré. Il importe que, préalablement à son examen, nous élargissions le champ de nos investigations et analysions les régimes hypothécaires auxquels des emprunts ont été effectués.

Dans la III[e] partie, consacrée au commentaire de la loi de 1885, nous relèverons au fur et à mesure les différences et les analogies entre le régime tunisien et celui dont il s'est inspiré, notre travail en sera d'autant plus simplifié et les traits essentiels de la loi d'autant plus nettement dégagés.

On groupe d'ordinaire les régimes hypothécaires en trois grandes classes : dans la première entrent la législation française et toutes celles qui lui sont apparentées par la ressemblance très intime de leur organisation ; dans la deuxième, la législation germanique et ses dérivés ; dans la troisième, la législation de l'Act Torrens. Nous suivrons cette division généralement adoptée et nous consacrerons une section à chaque classe.

SECTION PREMIÈRE

Groupe du système Français

§ I

LÉGISLATION FRANÇAISE

Observation préliminaire. — Certaines difficultés d'ordre pratique, dans les détails desquels nous n'entrons point pour le moment, ont été un obstacle à l'adoption pure et simple du Code Civil en Tunisie. Les auteurs de la loi foncière ont tenu cependant à en faire dans ce pays de protectorat français tout au moins une application partielle. « Il fallait tout d'abord, combiner les règles australiennes avec les dispositions de notre loi française dont l'introduction en Tunisie était une de nos principales préoccupations. Il a paru que, pour atteindre plus sûrement ce but, il convenait de fondre dans une loi unique les textes du Code Civil qui pourraient être conservés et les principes de la loi nouvelle. Cette méthode explique le développement de la loi foncière ; il convient d'observer cependant qu'un grand nombre des articles dont elle se compose, constitue une reproduction littérale du Code Civil ; d'autres n'apportent au texte que de légères modifications de détail depuis longtemps jugées nécessaires. » (Rapport, p. XI.)

Le législateur a en outre déclaré dans l'art. 2 de la loi foncière : « Les dispositions du Code Civil français qui ne sont contraires ni à la présente loi ni au statut personnel ou aux règles des successions des titulaires de droits réels immobiliers, s'appliquent en Tunisie aux immeubles immatriculés et aux droits réels sur ces immeubles. » On comprend, étant donnée cette part prépondérante de la

législation française, le développement que nous donnons à son examen et les détails dont nous l'accompagnons.

Aperçu historique. — Dans l'ancien droit français, où l'hypothèque fut admise avec la plupart des caractères qu'elle avait en droit romain, aucune mesure de publicité n'était prescrite dans le but de manifester son existence : les créanciers ne pouvaient se rendre compte de l'étendue du crédit de leur débiteur et la bonne foi des tiers acquéreurs pouvait être trompée. L'hypothèque était occulte : tel était le droit commun.

Il n'en était pas ainsi dans toute la France.

Dans un certain nombre de coutumes du nord de la France, le système de publicité hypothécaire en vigueur était le nantissement : « Par cette expression générique, on « désignait l'ensemble des solennités requises pour la per- « fection des transferts de la propriété foncière et des droits « réels immobiliers. De même que la saisine féodale d'où il « tirait son origine, le nantissement nous apparaît sous « l'aspect d'une mise en possession judiciaire, opérée dans « l'auditoire même du tribunal foncier, par les officiers de « la justice seigneuriale. » (1)

Le nantissement était nécessaire pour l'acquisition de l'hypothèque. Il se réalisait par l'inscription de la créance sur un registre public mis à la disposition de tout intéressé : toute aliénation ou toute constitution de droit réel postérieure à cette inscription n'était pas opposable au créancier hypothécaire. L'inscription, d'autre part, devait indiquer à peine de nullité, d'une manière détaillée, les immeubles grevés d'hypothèque et leurs limites. Ces coutumes consacraient ainsi cette double base essentielle de toute organisation foncière : la publicité et la spécialité.

(1) Besson : *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire* (ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Paris. — Concours Rossi), p. 57, Paris, 1891.

Quant aux hypothèques légales, les coutumes de nantissement ne les admettaient : « ni pour dot, ni pour donation « en faveur du mariage, ni pour conventions matrimonia- « les, ni pour douaire préfix, ni pour reliquat des comptes « de tutelle. » (Maillard, sur la coutume d'Artois, titre II, coutume de la châtellenie de Lille, titre XXII, art. 3).

En Bretagne, il y avait l'appropriance qui était loin de présenter les avantages du nantissement : elle était simplement une mesure de protection en faveur des tiers acquéreurs, une espèce de purge de plein droit à leur profit. L'acquéreur était à l'abri de toute attaque des créanciers hypothécaires à l'expiration de la huitaine qui suit la troisième « bannie », c'est-à-dire la troisième publicité donnée à son contrat d'acquisition, si dans l'intervalle il n'y avait pas eu d'opposition de la part des créanciers hypothécaires.

L'appropriance qui garantissait ainsi les tiers acquéreurs contre tout danger d'éviction, n'apportait aucune garantie aux prêteurs sur hypothèque, aucun signe ne révélant l'étendue, ni même l'existence des charges qui grevaient un immeuble : elle laissait douteux le crédit du propriétaire sans qu'il fût possible à ce dernier d'apporter la preuve de sa solvabilité.

Dans les autres coutumes on trouvait les décrets volontaires que suivirent les lettres de ratifications. Comme en Bretagne, les charges hypothécaires demeuraient occultes : on se préoccupait surtout de protéger les tiers acquéreurs en établissant à leur profit une procédure de purge. Dans cette organisation un délai préfix ayant pour point de départ la publicité du contrat d'acquisition était imparti aux créanciers hypothécaires pour se faire connaître, à l'expiration duquel ceux n'ayant pas fait d'opposition étaient exclus de tout droit sur l'immeuble.

La royauté essaya à maintes reprises d'élaborer un système hypothécaire pouvant donner une entière sécurité aux prêteurs sur hypothèques : toutes ses tentatives de-

meurèrent infructueuses. Il importe de signaler l'édit de 1673, rendu sous l'influence de Colbert, qui a quelque analogie avec le système de la loi de Brumaire an VII et du Code civil. Cet édit organisait la publicité des hypothèques au moyen d'oppositions enregistrées à un greffe spécial institué dans chaque baillage et sénéchaussée (1) : toute hypothèque enregistrée avait la préférence sur toute hypothèque qui ne l'aurait pas été. Les hypothèques légales de la femme, des mineurs et de l'Etat sur les biens des comptables des deniers publics étaient cependant dispensées de la formalité de l'enregistrement. L'édit de 1673, vivement attaqué, fut rapporté l'année suivante et la clandestinité des charges hypothécaires fut la règle de droit commun dans toute la France, à la seule exception des pays de nantissement.

Tel était l'état de la législation hypothécaire à la veille de la Révolution ; il appartenait à celle-ci après avoir jeté à bas l'édifice déjà croulant de l'ancien régime de donner à la France une organisation hypothécaire unique et mieux en rapport avec les nouvelles nécessités économiques du pays. Les premières Assemblées législatives prirent des mesures transitoires, puis les bases du premier régime hypothécaire de la Révolution furent déterminées par la Convention Nationale dans son décret-loi du 9 messidor an III. L'hypothèque résultait de plein droit soit d'un acte public, soit d'un jugement ; elle devait être portée à la connaissance des tiers par une inscription sur les registres publics à ce destinés. Comme le dit M. Besson, la conception fondamentale de la législation de Messidor était l'obligation imposée aux propriétaires fonciers de faire, au bureau de la conservation des hypothèques, la déclaration détaillée de leurs immeubles avant de pouvoir les aliéner ou affecter hypothécairement. A cet effet, la loi de Messidor an III organisa des

(1) Priv. et hypothèques : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, préface I.

conservations hypothécaires (une par arrondissement).

La spécialité était exigée pour la créance, mais non pour le gage hypothécaire : l'hypothèque pouvait porter sur les biens présents et futurs du débiteur, et l'inscription ne devait pas nécessairement indiquer les immeubles hypothéqués. La date de l'inscription fixait le droit de préférence : prise cependant dans le mois de la constitution de l'hypothèque, elle rétroagissait à ce jour. Les hypothèques légales n'étaient pas reconnues par la loi de Messidor.

A loi de Messidor, an III, succéda celle du 11 Brumaire an VII.

Aux termes de l'art. 3 de cette loi l'hypothèque existait : 1° pour une créance consentie par acte notarié ; 2° pour les obligations résultant d'une condamnation judiciaire ; 3° pour celles qui résultent d'un acte privé dont la signature aurait été reconnue ou déclarée telle par un jugement ; 4° pour celles auxquelles la loi donne le droit d'hypothèque.

Les hypothèques étaient générales ou spéciales. Le premier caractère appartenait aux hypothèques légales ou judiciaires mais celles-ci portaient uniquement sur l'ensemble des biens présents. L'hypothèque conventionnelle ne pouvait être que spéciale, mais, et la règle était absolue, toutes étaient indistinctement soumises à la publicité. La loi de Brumaire an VII était, en effet, on ne peut plus large à cet égard : « Les actes translatifs de biens et droit suscep-« tibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les regis-« tres du bureau de la Conservation des hypothèques dans « l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, « ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient con-« tracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux « dispositions de la présente loi (art. 26). » Il résultait de ce texte que tant qu'une aliénation n'avait pas été transcrite, les prêteurs pouvaient contracter en toute sécurité avec le vendeur et inscrire efficacement l'hypothèque à eux consentie.

Comblant enfin une grave lacune de la loi de Messidor an III, la loi de Brumaire an VII exigeait la spécialité non seulement quant au montant de la créance mais aussi quant au gage hypothécaire. « Toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués » (art. 4).

Régime actuel. — Le législateur de 1804 a adopté le système de la loi du 11 Brumaire an VII mais en y apportant d'importantes restrictions.

En ce qui concerne la publicité, le Code n'a pas maintenu le caractère absolu qu'elle présentait sous l'empire de la loi de Brumaire an VII : certaines hypothèques légales sont clandestines. Cette restriction était nécessaire pour faire aboutir la réforme législative de la question hypothécaire : elle constituait une transaction entre les défenseurs de la loi de Brumaire an VII et les partisans de l'ancienne jurisprudence dont la règle était, comme on le sait, la clandestinité. Les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit ne sont pas soumises à la nécessité de l'inscription, elles sont opposables aux tiers indépendamment de toute publicité et si des mesures sont prescrites pour en assurer la publicité, leur inexécution (réserve faite de ce qui a trait à la purge) n'atteint en rien l'efficacité de ces hypothèques : le droit de préférence et le droit de suite y demeurent attachés. Mais la clandestinité de ces hypothèques étant nuisible au crédit du débiteur la loi de 1885 est venue atténuer cette clandestinité. Son article 8 astreint le bénéficiaire de l'hypothèque légale, mineur ou femme, à prendre une inscription dans l'année qui suit la cessation du mariage ou de la tutelle ; faute de quoi cette garantie ne sera opposable aux tiers qu'à dater du jour où la formalité de publicité aura été remplie.

Toutefois il ne suffisait pas d'atténuer la clandestinité de l'hypothèque de la femme mariée, du mineur et de l'inter-

dit, il aurait fallu la supprimer complètement. Ces hypothèques occultes constituent la partie défectueuse du régime du Code civil : la loi de 1855 a diminué l'inconvénient de la clandestinité mais ne l'a pas fait disparaître ; les prêteurs hésiteront souvent à contracter avec une personne dans la crainte qu'une hypothèque, de l'existence ou de l'étendue de laquelle ils ne se doutent pas, ne viennent les primer et réduire à néant la garantie qu'on leur offre.

A l'exception des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit toute hypothèque est assujettie à la publicité pour être efficace à l'égard des tiers. Celle-ci se réalise au moyen d'une inscription prise sur le le registre de la Conservation hypothécaire et comme il n'en existe qu'une par arrondissement, il est nécessaire, si les biens grevés se trouvent pour partie en dehors de la circonscription, d'effectuer une inscription distincte dans les Conservations d'où ils ressortent.

Le système de publicité est un système de publicité personnelle. L'inscription se prend, en effet, non sur l'immeuble distinctement indiqué sur le registre, comme cela a lieu dans les pays où les registres fonciers sont en vigueur, mais sur le nom du propriétaire. En d'autres termes, les livres hypothécaires ne s'appuyent nullement sur le cadastre : le conservateur ouvre un compte pour chaque propriétaire et les diverses charges hypothécaires que celui-ci a consenties sur son immeuble sont indiquées sur le registre au fur et à mesure de leur constitution et dans un feuillet différent. Pour parvenir à la connaissance de l'état juridique d'un immeuble, il faut donc se rapporter au nom du propriétaire qui seul guidera le conservateur dans ses recherches. On voit de là les inconvénients de cette organisation : sans parler de la longueur et de la difficulté des investigations, puisqu'il faut souvent remonter d'un registre à l'autre, il est presque impossible d'obtenir des renseignements précis et complets. Comme le dit M. de Loynes : « Pour établir la

« situation hypothécaire de l'immeuble, il ne suffit pas de « savoir le nom de son propriétaire actuel, il faut connaître « en outre le nom de tous les propriétaires précédents. « Sans doute, l'effet de l'inscription est limité à dix an- « nées ; mais d'une part c'est là une règle arbitraire et à « certains égards fort critiquable ; d'autre part le renou- « vellement de l'inscription peut s'opérer sous le nom de « l'ancien propriétaire constituant, si la réquisition d'un « état des inscriptions est limitée au propriétaire actuel, le « Conservateur des hypothèques n'y fera figurer que les « inscriptions prises contre celui-ci : les inscriptions pri- « ses contre les précédents propriétaires n'y seront pas « comprises. » (Art. 2154 du Code civil), (page XI, Privilèges et Hypothèques).

Grâce à l'énergique intervention du Tribunal de Cassation le principe de la spécialité inauguré par la loi de Brumaire an VII a été introduit dans le Code civil. L'hypothèque conventionnelle doit être spéciale sauf l'exception de l'art. 2130 (c. c.) tant pour la créance que pour le gage. L'acte constitutif et l'inscription désigneront d'une manière précise la nature et la situation de l'immeuble grevé ; de ce principe découle cet autre que les biens à venir, c'est-à-dire les biens qui ne sont pas actuellement dans le patrimoine du constituant, ne peuvent être hypothéqués, leur détermination n'étant pas possible (art. 2129). D'autre part, l'acte d'où procède l'hypothèque et l'inscription contiendront l'indication du montant de l'obligation pour laquelle il y a eu stipulation de cette sûreté.

Soustraites à la règle de la publicité, les hypothèques légales de la femme, du mineur et de l'interdit échappent également à l'application du principe de la spécialité : elles sont générales et indéterminées. Générales, elles portent sur tous les immeubles présents et à venir alors même que leur acquisition se place à une époque où la cause qui sert de fondement à l'hypothèque légale a disparu.

Indéterminées, elles garantissent tout ce dont le débiteur se trouve comptable vis-à-vis de l'incapable. Il semble que des garanties de cette espèce doivent nécessairement avoir ce caractère parce qu'il ne paraît pas possible de fixer, à priori au moment du mariage, à l'ouverture de la tutelle, le montant des sommes dont le mari et le tuteur seraient débiteurs. Comment prévoir les résultats d'une mauvaise administration, l'étendue des fautes d'un tuteur? Comment limiter, sans tomber dans l'arbitraire, les droits de la femme que l'hypothèque est appelée à assurer? Mais, d'un autre côté, ce caractère de généralité et d'indétermination des hypothèques légales atteint durement le crédit du mari ou du tuteur. Dans le but de concilier les intérêts en présence, le Code atténue le principe de la généralité des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit en autorisant la restriction de ces hypothèques de manière à établir une proportion entre la dette et la sûreté. Elle peut être faite par les parties majeures dans le contrat de mariage pour l'hypothèque de la femme et par le conseil de famille pour l'hypothèque du mineur (art. 2141) ; elle peut avoir lieu aussi pendant le mariage ou la tutelle. Mais le remède est insuffisant : la restriction ne leur enlève pas, en effet, leur caractère indéterminé puisque les biens qu'elles grèvent demeurent affectés pour une somme imprécise.

Le Code admet, à l'exemple de la loi de Brumaire, l'hypothèque judiciaire mais son existence logique et naturelle dans l'ancien droit où elle était une application du principe que tout acte authentique produit hypothèque, ne l'est guère dans la législation actuelle où ce principe n'est pas consacré. Quoiqu'il en soit, malgré les vives et justifiées critiques dont elle est l'objet, l'hypothèque judiciaire trouve encore une place dans le Code : elle résulte des jugements, des reconnaissances d'écriture, des contraintes administratives et des sentences arbitrales. L'article 2123 lui donne un caractère de généralité absolue ; elle s'étend

aux biens présents et à venir du débiteur à la condition d'être rendue publique, mais une inscription unique est suffisante pour la rendre opposable aux tiers.

En résumé le législateur de 1804 tenant compte, d'une part, de la nécessité de mesures énergiques pour assurer le développement du crédit et d'une autre, d'une tradition à laquelle il n'osait déroger d'une manière absolue, a appliqué au régime hypothécaire qu'il instituait le double principe de la publicité et de la spécialité mais en l'enfermant dans d'étroites limites. Si les hypothèques conventionnelles doivent être publiques et spéciales, certaines hypothèques sont occultes et générales. L'hypothèque judiciaire, quoique soumise à la publicité, peut porter sur les biens présents et aussi, à la différence des prescriptions de la loi de Brumaire an VII, sur les biens à venir et ce régime hypothécaire est aggravé par la rétroactivité de nombreux privilèges.

§ II

LÉGISLATION BELGE

Le système hypothécaire belge, dont les auteurs de la loi foncière tunisienne se sont largement inspirés, est réglementé par la loi du 16 décembre 1851. Avant sa réunion à la France, la Belgique suivait les règles des pays de nantissement ; l'hypothèque était acquise à l'égard des tiers par une inscription sur un registre public ; dès l'accomplissement de cette formalité, aucune aliénation ni engagement ne pouvaient être faits au préjudice du créancier. Lors de sa réunion à la France, elle fut successivement soumise à la loi de Brumaire an VII et au Code de 1804. Mais l'esprit belge, profondément imprégné du système des pays de nantissement, s'accommodait mal du système de publicité de la loi française : la loi du 16 décembre 1851

l'abandonna pour revenir aux règles traditionnelles qu'elle transforma et améliora suivant les principes nouveaux du droit moderne.

Le régime hypothécaire belge associe de la façon la plus absolue, la publicité et la spécialité.

Les différentes sortes d'hypothèques qu'il admet sont indistinctement soumises à la publicité : conventionnelle ou légale, elles n'existent à l'égard des tiers que par l'inscription. Il en est de même d'une garantie inconnue du droit français mais qui a trouvé place dans la loi tunisienne de 1885, nous voulons parler de l'*hypothèque testamentaire* qu'un de cujus peut constituer dans son testament au profit des légataires pour assurer l'exécution de ses libéralités. La loi belge a supprimé purement et simplement l'hypothèque judiciaire que l'expérience indiquait comme présentant plus d'inconvénients que d'avantages.

Elle admet plusieurs privilèges immobiliers : ceux du vendeur, du donateur, de l'échangiste et du co-partageant. Mais, comme pour les hypothèques, leur efficacité au regard des tiers est subordonnée à la publicité, laquelle se réalise par la transcription du contrat et l'inscription opérée d'office par les soins du conservateur.

Voulant donner la plus large base à la publicité et le plus de garanties possibles aux prêteurs sur hypothèques, la loi belge, contrairement aux règles du droit français, ne reconnaît pas, sauf pour les frais de justice, la priorité des privilèges généraux sur les meubles par rapport aux créances hypothécaires : en cas d'insuffisance du mobilier, ils ne portent que sur ce qui reste du prix des immeubles, une fois les créanciers hypothécaires désintéressés. C'est là une excellente innovation : elle permet aux tiers de savoir à première vue, d'une manière absolument certaine, l'étendue du crédit d'un propriétaire et enlève la crainte de voir surgir plus tard d'autres créanciers qu'ils étaient en droit d'ignorer. On objecte, il est vrai, pour justifier le

système du code civil français, que les créances garanties par ces privilèges, salaires des gens de services, frais de dernière maladie, etc., n'atteignent le gage hypothécaire que d'une façon peu notable. On peut répondre très facilement qu'ajoutées les unes aux autres elles peuvent avoir une importance sensible ; or, n'est-il pas préférable si l'on veut donner une sécurité complète aux tiers et partant plus d'extension au crédit de poser en principe qu'aucun droit occulte ne puisse prévaloir contre un droit connu ? Le législateur belge a pensé, dit Laurent (1), que « mieux valait assurer une garantie complète aux créanciers hypothécaires, dont l'intérêt se confond avec l'intérêt général, que de prodiguer les faveurs à quelques créanciers privilégiés aux dépens de l'intérêt public ».

Le corollaire essentiel et indispensable du principe de la publicité, la *spécialité* est exigée dans la loi belge tant pour le montant de la créance que pour le gage hypothécaire. Conventionnelle, testamentaire ou légale, l'hypothèque doit déterminer la somme qu'elle garantit et les biens sur lesquels elle a été constituée.

Cette spécialité et cette publicité absolues protègent efficacement les intérêts des tiers : examinons comment le législateur belge a satisfait ceux des incapables.

A l'exception des hypothèques de l'Etat, des communes et des établissements publics, les hypothèques légales sont soumises d'une façon absolue à la règle de la spécialité hypothécaire. Celle-ci sera réalisée, pour l'hypothèque légale du mineur par un conseil de famille qui est chargé, après examen de la situation pécuniaire du pupille et avant l'entrée en gestion du tuteur, de déterminer la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'inscription sera prise (Art. 49-78). La décision du conseil de famille, motivée à peine de nullité, peut être modifiée par

(1) LAURENT ; Principes, XXIX, n. 319.

le Tribunal, sur opposition du tuteur ou du subrogé tuteur, si les garanties y indiquées semblent exagérées ou faibles relativement à l'état de fortune du mineur. Il en est de même lorsque les garanties déterminées lors de l'entrée en tutelle deviennent insuffisantes dans le cours de la tutelle : le conseil de famille peut en vertu d'une deuxième délibération imposer l'hypothèque sur d'autres immeubles. L'inscription contiendra les spécialisations effectuées ; nécessaire pour l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers, elle doit être requise par le tuteur, le subrogé tuteur ou les parents et amis ayant fait partie du conseil de famille. Il est imposé, d'autre part, aux greffiers des justices de paix de ne donner aucun extrait des délibérations des conseils de famille tant que justification ne leur a pas été produite de l'accomplissement de l'inscription.

Comme l'hypothèque légale du mineur, celle de la femme est spéciale. Pour la garantie des dettes du mari naissant au moment du mariage, la spécialisation devra être effectuée dans le contrat de mariage et par les époux eux-mêmes. Pour la sûreté des obligations du mari vis-à-vis de la femme, naissant au cours du mariage, celle-ci a droit à une hypothèque supplémentaire : le code belge la lui reconnaît mais, fidèle au caractère absolu qu'il a donné aux principes de la spécialité, il en exige la détermination qui sera opérée par la femme, préalablement autorisée par le Président du Tribunal. L'inscription de l'hypothèque qui en fixe le rang et qui est nécessaire pour la rendre opposable aux tiers devra être faite par les soins du mari, de la femme ou à son défaut des alliés des époux jusqu'au troisième degré, à leur défaut, enfin, par les soins du juge de paix et du procureur du Roi.

Le législateur belge ne s'est pas tenu là : comme il craignait l'inaction provenant de l'indifférence ou de l'apathie des personnes qu'il charge de l'inscription, il a cherché à y remédier, pour l'hypothèque du mineur, en donnant au

Tribunal un droit de contrôle étendu. A la fin de l'année, il lui est présenté un état des tutelles ouvertes dans sa circonscription dressé par le greffier du parquet et où il est fait mention des délibérations des conseils de famille : dans le cas où une inscription n'aura pas été effectuée, il appartient au Tribunal de prendre les mesures les plus urgentes à cette fin. C'est ce qui résulte de la disposition de l'art. 54, combinée avec celle de l'art. 63 de la loi du 16 décembre 1851. Aux termes de l'art. 54 les greffiers ne peuvent sous peine de responsabilité personnelle et de destitution, s'il y a lieu, délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille, à l'exception de celles qui sont relatives aux nominations de tuteurs ou de subrogés-tuteurs ou qui déterminent l'hypothèque, avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise contre le tuteur, pour la somme et sur les immeubles désignés par le Conseil de famille. L'art 63 prescrit, d'autre part, « qu'il sera tenu au greffe de chaque justice de paix, sous la surveillance du juge et la responsabilité personnelle du greffier, un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton. Cet état contiendra la date de l'ouverture des tutelles, les noms, prénoms et demeures des mineurs et interdits et subrogés-tuteurs. Chaque année, dans le courant de décembre le greffier adressera, sous sa responsabilité, au procureur du roi de son arrondissement, copie entière de cet état pour les tutelles ouvertes dans l'année, et, pour les autres, la simple indication des changements survenus dans l'année courante relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que le défaut ou l'insuffisance des immeubles auront nécessités ».

§ III

LÉGISLATION ITALIENNE

L'Italie est régie actuellement par le Code civil de 1865. Les dispositions de ce Code relatives à la question hypothécaire sont les articles 1964 et suivants.

L'article 1964 définit l'hypothèque un droit réel constitué sur les biens du débiteur ou d'un tiers au profit du créancier pour garantir l'acquittement d'une obligation. Il distingue trois espèces d'hypothèques : l'hypothèque est légale, judiciaire ou conventionnelle, selon qu'elle est établie par la loi, un jugement ou une convention (art. 1968).

Ont une hypothèque légale :

1° Le mineur et l'interdit sur les biens du tuteur;

2° La femme sur les biens du mari pour la dot et les reprises ;

3° L'État sur les biens des condamnés pour le recouvrement des frais provenant d'une condamnation criminelle, correctionnelle et de simple police;

4° Le vendeur ou tout aliénateur sur les immeubles aliénés pour les obligations naissant du contrat. Il est à remarquer que l'art. 1969 ne distingue pas si l'aliénation est à titre onéreux ou à titre gratuit : cette hypothèque légale appartient donc aussi bien au donateur qu'au vendeur et au coéchangiste. En droit français, il n'y a ni privilège ni hypothèque légale pour le donateur : le vendeur et le coopartageant ont seuls un privilège.

5° Les cohéritiers associés ou propriétaires indivis pour le paiement des soultes ou retour de lots sur les immeubles qui tombent dans la succession, société ou communauté.

L'ypothèque judiciaire naît des sentences arbitrales ayant reçu l'exequatur, des jugements de condamnation au paiement d'une somme, à la remise de choses mobilières (art.

1970). L'hypothèque conventionnelle peut-être constatée par un acte public ou sous seing privé.

Les bases du régime hypothécaire italien sont la spécialité et la publicité entendues d'une manière très large.

Toute hypothèque doit être spéciale, c'est-à-dire, ne peut grever que des biens individuellement indiqués et pour une somme déterminée (art. 1965). Cette indication doit être effectuée dans le contrat de mariage pour l'hypothèque légale de la femme mariée, à défaut de quoi tous les biens immeubles appartenant au mari au moment de la constitution de dot et constatés dans le contrat de mariage en seront affectés (art. 1969-4°). Pour celles du mineur et de l'interdit, un conseil de famille spécialise avant ou pendant la tutelle le gage hypothécaire et la somme qu'il garantit. Si, au moment de la reddition des comptes, la somme déterminée est inférieure à celle qui est due, le mineur ou interdit vient pour le surplus en concours avec les créanciers chirographaires sans préjudice d'une action civile contre les membres du conseil de famille. Le bordereau, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque judiciaire, doit indiquer les biens qui en sont frappés. La spécialisation est également exigée pour toutes les hypothèques dans l'inscription : celle-ci contiendra la désignation de l'immeuble grevé, la nature, le numéro qu'il occupe dans le cadastre et ses limites. C'est là la spécialité quant au gage hypothécaire, mais elle s'impose aussi, à peine de nullité, quant à la créance : l'inscription déterminera la somme garantie (art. 1992). Si l'obligation est indéterminée, le créancier, comme en droit français, prendra inscription pour un chiffre par lui fixé, sauf au débiteur à en demander la réduction.

L'intérêt du crédit qui ordonne la spécialité commande aussi la publicité. Aussi, aux termes des articles 1965 et 1981, l'hypothèque n'a d'effet que si elle est rendue publique par l'inscription. Comme en droit français, l'hypothèque existe entre les parties par la seule convention, indépendam-

ment de toute formalité extérieure ; mais à l'égard des tiers et par tiers il faut entendre non-seulement les acquéreurs des immeubles grevés et les créanciers hypothécaires, mais aussi les créanciers simplement chirographaires, elle n'est efficace que si cette condition a été satisfaite.

Les hypothèques légales comme les autres y sont soumises. L'inscription de l'hypothèque légale de la femme doit être requise par le mari et le notaire dans un délai de vingt jours à partir de la date de la rédaction des conventions matrimoniales (art. 1982). Dans le cas où la spécialisation des biens n'a pas été opérée dans le contrat de mariage, le notaire exigera du mari l'indication de ses biens présents et les y mentionnera (art. 1982-83). Le tuteur, le protuteur et le greffier qui ont assisté au Conseil de famille doivent prendre une inscription pour rendre opposable aux tiers l'hypothèque compétant au mineur : cette obligation leur est cumulativement imposée et le Procureur du Roi doit veiller à son accomplissement. Enfin, pour l'hypothèque légale du vendeur ou de l'aliénateur, la charge de l'inscription incombe au conservateur des hypothèques qui l'opérera d'office en transcrivant l'acte d'aliénation (art. 1985). Le Code italien attache une sanction sévère à ces prescriptions : toutes ces personnes, sauf le conservateur, pourront être condamnées, le cas échéant, à une amende dont le maximum est de mille francs sans préjudice, d'ailleurs, de leur responsabilité civile.

Les hypothèques judiciaires et conventionnelles sont également soumises à l'inscription. Quant à l'hypothèque légale de l'État sur les biens des condamnés, en matière pénale (art. 1969-5°) son inscription doit être effectuée par le Procureur du Roi, dans l'intérêt de l'État, et par la partie civile pour garantir le recouvrement des dommages intérêts (1).

(1) Naples, 25 février 1869, A. III. 1. 95.

L'inscription est le seul moyen de publicité à effet légal; la connaissance que les tiers auraient pu avoir de l'existence de l'hypothèque par une autre voie ne saurait y suppléer. Elle se prend sur le propriétaire et, si celui-ci meurt avant qu'elle ait été effectuée, sur la succession ou sur les héritiers sans qu'il soit nécessaire de les nommer individuellement : la même disposition se retrouve dans le code civil français. A la différence de ce que décide ce dernier, la péremption de l'inscription a lieu au bout de trente ans à dater du jour où elle a été mentionnée sur le registre hypothécaire.

La publicité est personnelle et non réelle comme dans les pays du groupe germanique. L'Italie qui possède un plan cadastral n'a pas cependant établi, comme dans ces derniers pays, une concordance très intime entre le cadastre et le système hypothécaire. Les inscriptions ne se font pas sur un livre foncier contenant l'indication précise et minutieuse de chaque immeuble de la circonscription et à la page concernant l'immeuble qu'elles affectent; elles sont notées, à la date de leur présentation, sur un registre où se trouvent, pêle-mêle indiquées, des mentions relatives à divers immeubles, en sorte que le nom du propriétaire peut seul guider les investigations aux fins d'arriver à connaître l'état juridique d'un immeuble. Les difficultés des recherches, qui constituent l'inconvénient de ce système hypothécaire, sont à peine atténuées en Italie par la mention du numéro du cadastre que doivent contenir à peine de nullité le bordereau d'inscription et le contrat hypothécaire (art. 1987-7° combiné avec l'art. 1979).

Ce rapide examen de la législation hypothécaire italienne nous montre son étroite analogie avec la loi française. Comme dans cette dernière, la publicité est indispensable pour rendre l'hypothèque opposable aux tiers, mais elle

ne l'est pas dans ses effets inter partes : le consentement des parties a assez de pouvoir par lui-même pour créer le droit entre elles; de même, la publicité est personnelle : le nom du propriétaire est la base d'indication des droits qui grèvent un immeuble. Aussi le système hypothécaire italien se rattache-t-il au groupe français dont il emprunte et consacre les principes essentiels. Il n'est pas inutile de remarquer, en terminant, qu'à l'instar des diverses lois étrangères qui ont puisé leur inspiration presque exclusive dans le code Napoléon, la législation italienne y a apporté des modifications et des perfectionnements : c'est ainsi que les principes de la publicité et de la spécialité y reçoivent des applications plus étendues et plus rigoureuses qu'en droit français, sans que les intérêts des incapables aient à en souffrir.

DEUXIÈME SECTION

Groupe du système germanique

§ I

LÉGISLATION ALLEMANDE

Le régime hypothécaire allemand actuel date de la loi du 5 mai 1872, propre au royaume de Prusse, étendue aux pays rhénans en 1888 (1). Son système a été modifié et étendu à tout l'empire (2) par le code civil allemand promulgué le 18 août 1896 et entré en vigueur le 1er janvier 1900 (3). Le siège de notre matière se trouve dans les articles 1113 et suivants de ce code.

La publicité allemande repose tout entière sur l'institution des registres fonciers avec, pour point d'appui, le plan cadastral : à chaque unité foncière, à chaque immeuble, il est réservé un feuillet spécial en relatant l'état civil. Le feuillet, qui comprend un titre et trois sections, indique dans le premier la description individuelle de l'immeuble, sa nature et son état physique, avec renvoi au registre cadastral et dans les sections le nom du propriétaire et tous les démembrements et restrictions apportés au droit de propriété ainsi que les dettes hypothécaires et foncières.

Il importe cependant de remarquer que dans les pays allemands où le morcellement des terres est notable, le feuillet au lieu d'être réel (realfolie) est personnel (personalfolie). Il est consacré à chaque propriétaire une page du registre où se trouvent relevées toutes les propriétés

(1) Ann. étr. t. XVIII p. 319 : t. XV p. 129 ; t. XVII p. 331.

(2) La loi du 24 juillet 1889, modifiant le régime hypothécaire de l'Alsace-Lorraine, a été remplacée par le nouveau code civil (ann. étr. t. XIX p. 305).

(3) Il faut joindre une loi sur les livres fonciers promulguée le 24 mars 1896.

qu'il possède dans la circonscription et les charges qui les grèvent. Les tiers sont donc obligés pour arriver à la connaissance de la situation juridique de l'immeuble, de se reporter au nom de la personne. Ce système, exceptionnel en Allemagne, exige de longues recherches dont la difficulté n'est que légèrement aplanie par la mention du chiffre cadastral.

Le régime hypothécaire allemand présente quatre traits essentiels et caractéristiques (1).

Le premier principe dominant, qui est la condition sine qua non d'un bon régime hypothécaire, puisque les tiers y trouvent une protection qu'ils sont en droit d'exiger, est celui de la PUBLICITÉ la plus absolue. Toute constitution d'hypothèque ne crée le droit que par une inscription dans le registre foncier au feuillet spécial de l'immeuble. Mais alors qu'en droit français le seul consentement des parties forme entre elles le droit indépendamment de toute publicité, ici, celle-ci, comme l'investiture dans les pays de nantissement, est nécessaire non seulement pour rendre le droit opposable aux tiers, mais pour donner naissance à l'hypothèque elle-même (2). Une telle conception ne s'introduirait pas sans difficultés en droit français où il est de règle fondamentale que le concours des volontés suffit à établir le lien de droit, tout au moins inter partes. On ne peut s'empêcher cependant de le regretter, la publicité des charges hypothécaires étant d'une nécessité incontestable et la règle du droit allemand étant le moyen le plus

(1) Ce système des livres fonciers qui de nos jours a reçu une grande expansion, existe sous des traits à peu près semblales en Autriche, en Hongrie, dans la Dalmatie, dans la Pologne russe, en Suède, dans la plupart des cantons de la Suisse allemande, en Espagne, en Portugal et dans les pays régis par les principes de l'Act Torrens.

(2) L'art. 873 du code civil allemand porte en effet : « Pour transférer la propriété sur un fonds, pour le grever d'un droit, de même que pour transférer ou grever un pareil droit, il faut l'accord des volontés de l'ayant droit et de l'autre partie sur l'innovation juridique voulue, et l'inscription de celle-ci au registre foncier, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

sûr et le plus efficace pour imposer la publicité aux contractants et triompher de leur indifférence à cet égard.

La SPÉCIALITÉ comme la publicité, constitue une condition essentielle d'un bon régime hypothécaire. Le code allemand la prescrit et ce, tant pour le montant de la créance que pour le gage hypothécaire. Il y est stipulé que l'inscription dans le livre foncier doit contenir la désignation de l'immeuble et l'estimation du montant de la créance en monnaie légale, et lorsque la créance est indéterminée, l'indication d'une somme approximative égale au maximum de garantie que l'immeuble peut fournir.

La FORCE PROBANTE, c'est-à-dire l'efficacité absolue de tout droit dont l'acquisition est basée sur une inscription existant sur le livre foncier, tel est le troisième caractère de ce régime (1). L'hypothèque, inscrite du chef de la personne indiquée dans le registre comme propriétaire de l'immeuble grevé, est désormais garantie contre tout droit non révélé. Supposons une vente consentie sous l'empire de la violence par Primus à Secondus, la mutation est constatée sur le livre foncier. C'est là une condition d'existence de la convention en droit allemand. Secondus accorde sur l'immeuble ainsi acquis une hypothèque à Tertius qui l'inscrit. L'action en résolution de la vente entachée de violence triomphe, admettons-le, en justice : le droit de Secondus, acquéreur, est par suite anéanti. Il semble que, comme en droit français, le droit d'hypothèque de Tertius

(1) Aux termes de l'art. 891 du code civil allemand « Lorsqu'un droit a été inscrit en faveur de quelqu'un au registre foncier, l'on présume que ce droit lui appartient. Lorsqu'un droit inscrit au registre foncier est rayé, l'on présume que ce droit n'existe pas. »

L'article 892 du même code ajoute : « Si quelqu'un a acquis par acte juridique un droit sur un fonds ou un droit sur pareil droit, le contenu du registre foncier est censé exact à son profit, à moins qu'une contestation de l'exactitude n'ait été inscrite ou que l'inexactitude ne soit connue de l'acquéreur. Si le titulaire d'un droit inscrit au registre foncier subit dans la faculté d'en disposer une restriction au profit d'une personne déterminée, cette restriction n'a d'effet vis-à-vis de l'acquéreur que s'il en a connaissance ou si elle appert du registre. »

doive disparaître. Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. La règle de la force probante s'oppose à ce que Tertius perde son droit d'hypothèque : les contractants à titre onéreux et de bonne foi, c'est-à-dire ceux qui, au moment de l'acquisition de leur droit, ignorent le vice légal dont est frappé celui de leur auteur, conservent le bénéfice qui résulte de l'inscription effectuée sur la foi des indications des livres fonciers. En un mot, les actions dirigées contre l'auteur ne réfléchissent en aucune façon sur les ayants cause de bonne foi et à titre onéreux.

Mais le Code allemand n'entend protéger que les tiers : le droit des parties contractantes à contester la validité du contrat au point de vue du droit civil demeure réservé. En d'autres termes et reprenant notre exemple si Tertius, créancier hypothécaire, est à l'abri de tout danger, Primus peut actionner Secondus et obtenir une indemnité du fait de la constitution illégitime de l'hypothèque.

A l'égard des droits qui ne peuvent pas faire l'objet d'une inscription actuelle nous trouvons dans la loi allemande l'institution de la prénotation *(Vomerkung)* (1). La prénotation est comme on l'a définie « une réserve d'inscription pour l'avenir » ; elle peut être requise, sur l'autorisation du juge (2), par la personne ayant à faire valoir un droit non susceptible d'une inscription immédiate. Effectuée elle a pour effet, non d'empêcher toute aliénation ou constitution de droits réels mais de rendre celles-ci inopposa-

(1) L'art. 883 du Code civil allemand porte « Pour sûreté du droit à la concession ou à la mainlevée d'un droit sur un fonds ou sur un droit grevant un fonds ou du droit à la modification du contenu ou du rang d'un pareil droit l'on peut inscrire au registre foncier une prénotation. L'inscription d'une prénotation est aussi recevable pour assurer un droit futur ou conditionnel.

(2) L'inscription d'une prénotation se fait en vertu d'une décision provisionnelle ou du consentement de celui dont le fonds ou le droit est atteint par la prénotation. La décision provisionnelle n'est pas subordonnée à la preuve d'un danger menaçant la demande que l'on veut garantir (art. 885 Code civil allemand).

bles au droit du prénotant s'il est ultérieurement admis (1). Ainsi, dans notre exemple, une prénotation obtenue par Primus le met à l'abri de l'hypothèque consentie par Secondus à Tertius.

Telle est l'étendue des effets de l'inscription : garantie absolue, sécurité complète à tous ceux contractant de bonne foi et à titre onéreux sur la foi du livre foncier. Mais pour que l'inscription produise ces conséquences d'une gravité certaine il importait qu'elle ne fût pas accomplie à la légère, sans vérification préalable du droit du réquérant, qu'une autorité fût constituée pour en examiner la légitimité, pour l'admettre ou la refuser. En mentionnant des droits non légitimement acquis, le livre foncier perdrait toute valeur morale et le principe de la force probante manquerait son but. Il est nécessaire, en d'autres termes, que ce dernier ait pour corollaire le principe de LA LÉGALITÉ. Aussi est-il le quatrième caractère du régime foncier allemand. Alors qu'en droit français le conservateur est réduit à un rôle purement passif et est obligé d'opérer l'inscription requise, il est laissé dans la loi allemande une certaine latitude au *Grundbuchrichter :* toute réquisition est soumise à son appréciation et il lui appartient de vérifier l'existence du droit du constituant, la capacité des parties contractantes et l'aptitude de la chose à faire l'objet d'une affectation hypothécaire. Le conservateur est un juge qui contrôle les déclarations qui lui sont faites et les pièces qui sont produites sauf appel devant la Cour (ann. étr. t. II p. 211-212).

(1) Aux termes du 2e parag. de l'art. 883 « la disposition faite, après l'inscription de la prénotation, sur le fonds ou le droit, est inefficace en tant qu'elle anéantirait ou amoindrirait le droit garanti. Il en est aussi de même lorsque la disposition se fait par voie d'exécution forcée, de saisie arrêt ou par le curateur à la faillite.

Le rang du droit, dont la concession est visée par la demande, se détermine par l'inscription de la prénotation.

Avant de terminer cette rapide étude de la législation hypothécaire allemande, il n'est pas sans intérêt d'examiner une de ses institutions les plus remarquables et les plus ingénieuses, nous voulons parler des bons hypothécaires, qui ont fait dans ces dernières années l'objet de plusieurs études (1).

Le système des bons hypothécaires a une origine essentiellement française et on le trouve organisé dans la loi de Messidor an III. Cette loi, qui fut décrétée par la Convention Nationale, constitue un véritable code hypothécaire où se trouve aussi solutionnée la question de la mobilisation des créances hypothécaires par la création de *l'hypothèque sur soi-même* : « mobiliser les créances hypothécaires, dit Gil« lard (2), c'est en faciliter la cession et comme consé« quence élargir le crédit de la terre en mettant le gage « foncier en rapport avec un nombre de capitaux plus « considérables. Pour y arriver, le législateur de l'an III a « imaginé un système dans lequel l'hypothèque est cons« tituée indépendamment de toute créance ; c'est l'hypo« thèque préconstituée ou l'hypothèque sur soi-même ».

Le propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèque prenait cette garantie sur lui-même par voie de cédules hypothécaires. La cédule hypothécaire était un acte écrit constatant l'engagement du propriétaire de payer sur la valeur de son immeuble, une certaine somme. Il pouvait prendre autant de cédules qu'il en voulait sans cependant que la valeur totale de ces cédules pût dépasser les trois quarts de la valeur capitale du prix vénal des biens présents, désignés par la cédule, y compris le montant des hypothèques dont ils étaient déjà grevés (art. 36). Le conservateur était chargé de l'évaluation et sa responsabilité se trouvait engagée dans le cas de livraison de cédules dont le montant

(1) Voir notamment : J. Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires.* De la cession des créances hypothécaires.

(2) Gillard : constitution de l'hypothèque conventionnelle, n° 43.

total excédait la valeur indiquée par l'article précité. Semblable à un effet de commerce, la cédule pouvait être mise en circulation et se transmettait non point au porteur inconnu mais par la voie d'endossement. Sauf le cas de faux, un endosseur n'avait pas de recours en garantie contre un autre endosseur (art. 36-2°). La cédule endossée constituait elle-même un titre exécutoire contre le propriétaire souscripteur au profit du dernier endosseur. Ajoutons enfin que le décret de Messidor mettait à l'abri de toute opposition la circulation des cédules (art. 88) : aucun empêchement ne pouvait les arrêter entre les mains de l'endosseur.

Nombreux étaient les avantages de cette institution : grâce à elle, le propriétaire avait entre les mains un titre hypothécaire qu'il pouvait utiliser, le cas échéant, par une transmission qu'aucune formalité ne venait ralentir. « Tandis que la créance hypothécaire ordinaire restait enchaînée dans les formalités du transport par acte authentique, avec ratification et enregistrement au bureau des hypothèques, une simple mention mise par le cédant au dos du titre suffisait à opérer la cession de la créance cédulaire. De là, pour celle-ci, au point de vue des avantages qu'elle procurait aux prêteurs et aux emprunteurs, une supériorité considérable sur la première (1) ». Mais le point faible de la loi était qu'elle ne tenait pas suffisamment compte de la dépréciation de l'immeuble hypothéqué et imposait aux conservateurs une responsabilité au-delà de toute mesure. Aussi « aucune partie de la loi n'a soulevé plus de critiques ; il faut convenir qu'elle impose au conservateur des charges excessives sans prendre peut-être assez de précautions contre la dépréciation possible du gage foncier (2). »

Les bons hypothécaires n'ont pas obtenu, en France, la

(1) GILLARD : op. cit. n° 46.

(2) MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits réels immobiliers et les livres fonciers.*

faveur qu'ils semblaient devoir mériter. « Cette loi, dit « Grenier, dans son rapport au tribunat (1), répandait des « alarmes au lieu de rassurer. On ne fut pas seulement in- « quiet sur la rapidité de l'expropriation forcée, on le fut « encore sur la facilité avec laquelle chaque citoyen, en « prenant hypothèque sur lui-même, pouvait convertir ses « immeubles en espèce de lettre de change. On vit avec effroi « une sorte de mobilisation du territoire de la République « qui, pour quelques avantages particuliers qu'elle pouvait « produire, offrait les plus funestes moyens de dissipation et « menaçait les fortunes d'un ébranlement général. De l'en- « gourdissement où l'on voulait se tirer, on allait à la con- « vulsion. »

Les auteurs du Code Civil la considérèrent comme une dangereuse utopie et refusèrent de l'y introduire. Cette institution, d'ailleurs, choquait et même contredisait les principes posés par le code. En effet, le système de la purge est absolument inconciliable avec elle. Ce qui constitue la raison d'être, les avantages du bon hypothécaire, c'est la facilité de sa négociation et de sa circulation, c'est l'inexistence de ces formalités et de ces frais qui paralysent le crédit. Il importe, à cet effet, que les différentes cessions dont il est l'objet, soient dispensées d'inscription. Or à qui le tiers acquéreur, si les bons hypothécaires avaient été admis par le Code, aurait-il fait les notifications à fin de purge, puisque les cessionnaires et notamment le dernier débiteur lui auraient été inconnus? Dans le droit germanique, où le tiers acquéreur est soumis à toutes les obligations de son auteur, où par suite la purge est impossible, pareilles difficultés ne se présentent pas. C'est une des raisons en dehors d'autres d'ordre économique, qui explique l'adoption de cette institution en Allemagne et le peu de faveur qu'elle a rencontrée en France.

(1) Séance du 26 ventôse, an XIII. — Voir aussi TROPLONG, *De la vente*, T. II, n° 906. — GILLARD, op. cit. n° 46.

Le système allemand de bons hypothécaires *(pfandbrief)* s'inspire incontestablement des principes de la loi de messidor an III. Comme dans celle-ci, ils constituent la mobilisation du droit hypothécaire; l'inscription du bon suffit : désormais, il peut circuler sans qu'une nouvelle publicité ou le consentement du propriétaire soient indispensables.

Les *pfandbrief* germaniques diffèrent cependant de l'hypothèque sur soi-même. Celle-ci, en effet, se présente avec un caractère propre et n'est pas nécessairement l'accessoire d'une créance dont elle garantirait l'acquittement; elle peut, en outre, être cédée sans la créance, puisqu'elle est, pour ainsi dire, une partie du sol qu'elle mobilise. Dans le droit allemand, au contraire, le bon hypothécaire suppose toujours une obligation personnelle à l'existence de laquelle est subordonnée la validité de sa cession.

Mais à côté du bon hypothécaire *pfandbrief,* la loi allemande a institué le bon foncier *grundschuldbrief,* qui rappelle tout à fait l'hypothèque sur soi-même de la loi de messidor. Le bon foncier, en effet, a une existence indépendante de toute obligation personnelle, une valeur et une sûreté égales à celles du fonds qui lui sert d'assiette. De même que le bon hypothécaire, la *grundschuld* circule aussi facilement qu'un effet de commerce, mais à la différence du bon hypothécaire, elle confère à son détenteur un droit purement réel : ce n'est pas le patrimoine du débiteur c'est le fonds qui répond de la dette et l'action du créancier s'épuise totalement par l'expropriation de l'immeuble. Le cessionnaire doit, par conséquent, avant de contracter, chercher à connaître la valeur du fonds que représente le bon foncier et qui constitue son gage exclusif; pour sa sauvegarde, la loi allemande prescrit au conservateur de mentionner dans le corps de la *grundschuld* le prix d'acquisition de l'immeuble pendant les dix dernières années, les estimations officielles et le montant des hypothèques inscrites. Malheureusement, cette mesure de protection se

trouve insuffisante et l'on pourrait reprocher au législateur allemand de n'avoir pas tenu compte des dépréciations éventuelles du gage foncier et de n'avoir pas ainsi offert aux transactions immobilières une base plus fixe et plus sûre. Les résultats de cette lacune se sont d'ailleurs faits sentir puisque, jusqu'à ce jour, la *grundschuld* n'a pas été, paraît-il, fort en honneur dans la pratique (1).

(1) V. sur ces différents points dans l'Ann. de lég. étrang. de 1873, les commentaires de M. Paul GIDE, accompagnant la traduction de la loi du 5 mai 1872. — BESSON, op. cit. p. 259 et s. — WORMS, *De la propriété consolidée.* — R. DE LA GRASSERIE, sur le *Code Civil allemand de 1900.*

§ II

LÉGISLATION ESPAGNOLE

Le code civil espagnol de 1889 reconnaît deux espèces d'hypothèques : les hypothèques volontaires et les hypothèques légales. Les premières comprennent les hypothèques conventionnelles et testamentaires : elles doivent à peine de nullité affecter la forme authentique. Les hypothèques légales sont celles de la femme mariée, des incapables, de l'Etat, des provinces, des communes sur les biens des comptables, des contribuables pour l'impôt non payé et celle des enfants sur les immeubles de leurs parents pour la garantie des biens dont ces derniers ont eu l'administration et la jouissance et celle des assureurs d'immeubles pour les primes de deux années échues et non payées.

L'hypothèque judiciaire est remplacée, dans le droit espagnol, par le système des prénotations ou annotations préventives (Anataciones preventivas). « Ces prénotations, dit M. Lehr (1), n'ont pas pour objet de convertir en un droit réel une créance purement personnelle à l'origine, ni d'engendrer une action hypothécaire, mais seulement de sauvegarder le droit du créancier tel qu'il est, pour le cas où la chose viendrait à périr ou le débiteur à tomber en déconfiture ; c'est une simple mesure conservatoire ».

Comme dans le droit allemand quatre principes dominent la législation hypothécaire : la publicité, la spécialité, la force probante et la légalité.

La publicité, qui se manifeste par une inscription sur le registre foncier, est exigée d'une manière absolue : non

(1) Ernest Lehr ; *Eléments de Droit Civil Espagnol*, 1880, n. 516. — Alcade Prieto (Domingo) : *Corso teorico pratico sinoptico bibliografico de derecho civil espanol*, 1880.

seulement la constitution d'hypothèque mais tout acte juridique modifiant le droit de propriété y est soumis. A la différence du droit allemand l'inscription n'est obligatoire que pour rendre le droit opposable aux tiers.

L'inscription de l'hypothèque légale de la femme se fait à la requête de celle-ci, si elle est majeure, de son père, sa mère ou tout constituant de dot, si elle est mineure. Le contrat de mariage mentionnera la constitution de la garantie et les biens sur lesquels elle porte. Dans le cas où le mari n'aurait pas, au moment du contrat, des biens susceptibles d'hypothèque, la femme pourra prendre inscription sur ceux qu'il acquerra dans l'avenir.

L'inscription de l'hypothèque légale du mineur sera prise : 1° par le tuteur sous peine de destitution ; 2° par les personnes ayant donné les biens qui forment le pécule du pupille ; 3° par les héritiers et exécuteurs testamentaires des dites personnes ; 4° par les ascendants du mineur ; 5° par la mère, si elle est légalement séparée de son mari.

Pour toutes les hypothèques, l'inscription se fait sur le livre foncier. Dans chaque chef-lieu d'arrondissement, il y a un registre destiné à constater les transferts de propriété et ses démembrements et confié à un conservateur (Registrador). Toute personne intéressée peut examiner le livre foncier et en demander des extraits. Le registre est placé sous le contrôle des Tribunaux de l'arrondissement qui peuvent frapper d'une amende ou d'une suspension le Conservateur négligent, sans préjudice d'ailleurs de l'action civile ou pénale.

La spécialité est non moins exigée que la publicité. L'inscription, ainsi que le contrat hypothécaire, mentionneront à peine de nullité, la nature et la situation des biens grevés, le montant de la somme garantie et des intérêts qu'elle produit. Il y a donc une double spécialité imposée : celle du gage hypothécaire et celle de l'obligation.

Le principe de la force probante a la même étendue

qu'en droit allemand. Tout droit acquis sur la foi d'une inscription relatée sur le registre foncier et conservé conformément à la loi, est valable quelque soit le vice de cette inscription ; comme le dit M. Lehr (1) « les actes exécutés « ou les contrats passés par une personne qui, d'après le « registre, est fondée à les accomplir, une fois qu'ils ont « été inscrits ne sont pas annulables par rapport aux indi- « vidus qui ont traité avec elle à titre onéreux alors même « que le droit de cette personne aurait été annulé ou ré- « solu en vertu d'un titre antérieur non inscrit ». Mais, empressons-nous d'ajouter que, de même qu'en droit allemand, la validité du contrat peut être contestée entre les parties conformément aux règles du code civil : l'inscription, en d'autres termes, ne couvre pas les vices de la convention.

Cette force probante attachée à toute mention du registre foncier explique le pouvoir d'appréciation que la loi espagnole, fidèle aux principes germaniques, accorde au conservateur. La réquisition d'inscription ne s'impose pas à lui : il a la faculté de ne pas y acquiescer, s'il la juge contraire aux règles de la loi civile. Bien plus la loi espagnole lui fait un devoir de vérifier la qualité du constituant et la capacité des parties : mais ses décisions sont susceptibles de recours devant les Tribunaux compétents.

Pour la garantie des droits réels litigeux qui ne peuvent faire l'objet d'une inscription actuelle, la loi hypothécaire espagnole organise un système de prénotation calqué sur celui de la législation germanique.

(1) Ernest LEHR, op. cit. n. 515.

TROISIÈME SECTION

Groupe du système de l'Act Torrens

Le régime hypothécaire de l'Act Torrens n'est pas, ainsi que le reconnaît d'ailleurs son auteur, une législation improvisée de toutes pièces, sans racines dans le passé : il puise sa source dans un système depuis longtemps pratiqué en Allemagne, celui des livres fonciers. Mais si nous ne le rattachons pas à la législation germanique c'est qu'il a apporté à celle-ci d'ingénieuses et remarquables modifications, lesquelles, suscitées par le milieu de son application, lui ont donné un caractère propre et distinct.

Toute l'économie de l'Act Torrens peut être ramenée à trois théories essentielles :

1° Organisation d'une procédure de purge destinée à asseoir la propriété, à la délimiter et à fixer d'une manière irrévocable, à l'égard de tous, les droits du propriétaire en les constatant dans un titre public ;

2° Création d'un système de publicité hypothécaire ayant pour but de faire connaître exactement la condition juridique du sol, les droits réels et les charges qui le grèvent;

3° Mobilisation de la propriété foncière par un ensemble de moyens destinés à assurer la transmission rapide des immeubles, la constitution facile des hypothèques et leur cession par voie d'endossement (Alfred Dain, le système Torrens R. A. 1885 p. 295).

I. — L'immatriculation est la formalité initiale de l'Act Torrens : l'immeuble qui s'y trouve soumis est déterminé physiquement et juridiquement par une inscription sur un feuillet du livre-foncier. Mais l'immatriculation est, en principe facultative (1), et liberté entière est laissée à tout

(1) L'art. 15 du Real Property Act a placé d'office sous le régime nouveau les terres faisant partie du domaine public.

propriétaire de l'adopter ou de s'en tenir à la législation antérieure. Cette *faculté* n'est pas un principe inhérent à l'Act Torrens : en réalité « elle n'a été qu'un tempérament « imaginé par sir Robert Torrens pour faire accepter une « réforme contre laquelle s'étaient élevées de très vives « protestations. L'Australie avait vécu jusque-là sous le « régime des *deeds*, c'est-à-dire que la propriété y avait uni- « quement pour base les titres de transports rédigés par « des solicitors. Chaque transmission nécessitait donc des « recherches, parfois considérables, pour établir la qualité « de propriétaire de l'aliénateur mais était en même temps « une source de très gros honoraires pour les hommes de « loi. On ne s'étonnera point de l'opposition que ces der- « niers formèrent contre l'adoption d'un régime nouveau « qui risquait de leur enlever le plus clair de leurs gains, « et c'est en vue de les ménager que sir Torrens proposa « de laisser les propriétaires libres de rester, s'ils le préfé- « raient, sous l'empire des anciens usages (2) ».

Le propriétaire qui veut placer son immeuble sous l'empire de la loi nouvelle devra adresser une requête au Registrar Général, dans laquelle il indiquera la situation physique et juridique du bien d'après un bornage certifié par un arpenteur breveté et y joindre les titres et plans qu'il possède. Toutes ces pièces sont soumises à une Commission présidée par le Registrar et font l'objet d'une publicité étendue (communications et interrogatoires des propriétaires voisins, annonces par voie d'affiches et de journaux). Cette publicité est le point de départ du délai pendant lequel pourront s'élever les contestations relatives à l'immeuble en instance d'enregistrement. Lorsque les contestations sont définitivement réglées ou s'il n'en a point été soulevé, le Registrar Général, à l'expiration du délai, dresse le certificat du titre en double original : l'un est porté sur la page

(2) J.-G. Ferron ; *Etude historique et critique sur la Publicité des Droits réels immobiliers*, thèse pour le doctorat, Bordeaux 1897, p. 353.

du registre-matrice réservée à l'immeuble, l'autre, qui porte le numéro du volume et du folio matricule, est remis au propriétaire. Ce dernier titre remplace désormais tous les anciens titres, les deeds, c'est lui, dit M. Ferron « qui va désormais devenir le pivot, l'axe de toutes les transactions relatives à l'immeuble... telle est la particularité vraiment curieuse de l'Act Torens. Le propriétaire a ainsi, en mains, une feuille détachée du livre foncier qui porte en elle-même la preuve du droit et de son étendue et grâce à laquelle les tiers peuvent traiter avec lui en toute sécurité » (1).

L'immatriculation prononcée produit un double effet : elle place l'immeuble sous l'empire du nouveau régime et le purge de tous les droits qui ne se seraient pas manifestés. La personne qui a été lésée par l'enregistrement n'a pas de recours contre l'immeuble : son droit se limite à une action en dommages-intérêts contre le propriétaire de mauvaise foi (2). L'action en revendication est toutefois admise dans les trois hypothèses d'une fraude, d'une erreur de bornage ou de la découverte d'un certificat de titre antérieur à celui immatriculé (art. 123).

Telle est, dans ses grandes lignes, la procédure organisée par la loi australienne : l'immatriculation opérée forme le point de départ de la propriété laquelle, constatée ainsi dans un titre public, est désormais déterminée et assise irrévocablement.

II. — Pour assurer la conservation de l'œuvre accomplie l'Act Torrens a organisé un système de publicité qui per-

(1) FERRON, op. cit. p. 355.

(2) L'action en dommages-intérêts peut être illusoire si le recours s'exerce contre un insolvable. Aussi, dit M. Dain, l'Act Torrens a-t-il pourvu à ce danger en créant dans toutes les colonies australiennes un fonds d'assurances destiné à indemniser les propriétaires ou détenteurs de droits réels lésés par la procédure de purge ou par une inscription résoluble et devenue définitive à leur égard. Le fonds d'assurance sert encore à indemniser du dommage causé par les fautes professionnelles du Registrar. La caisse d'assurances est alimentée par une taxe payée au moment de l'immatriculation et de l'inscription des droits réels. R. A. 1885, p. 310.

met aux tiers de connaître exactement l'étendue des charges dont l'immeuble immatriculé peut être grevé par la suite.

Tous les droits réels, y compris le droit de propriété, ne peuvent être transmis ou modifiés que par voie d'inscription sur le registre-matrice. A la différence du droit français et à l'instar de la loi allemande, l'enregistrement est nécessaire non-seulement pour les rendre opposables aux tiers mais aussi pour les constituer entre les parties. En d'autres termes, le consentement est impuissant à produire les effets qu'il détermine, il doit être vivifié par l'inscripcription. C'est ce qui résulte de l'art. 43 aux termes duquel « aucun acte translatif de propriété ou constitutif d'hypothèque, ayant pour objet un immeuble soumis au régime de la présente loi, ne produira ses effets qu'à partir de l'enregistrement qui aura été fait conformément à ladite loi. Mais par le seul fait de l'enregistrement dudit acte tous les droits qu'il constitue seront transférés à la partie intéressée sous les conditions et les modalités expresses contenues au dit acte ou réputées aux termes de la loi en être la conséquence implicite ».

L'Act Torrens a aboli ainsi les privilèges et hypothèques occultes. Les hypothèques générales, inconciliables avec le système nouveau, sont également supprimées : aucune hypothèque générale n'est admise et la spécialisation est exigée tant dans l'inscription que dans l'acte d'où procède l'hypothèque.

L'enregistrement d'un droit ne se fait pas uniquement sur le registre-matrice mais aussi sur le certificat de titre laissé aux mains du propriétaire. Ce certificat de titre doit, d'après l'Act Torrens, se trouver en concordance complète avec le registre-matrice; aussi l'immeuble immatriculé ne peut-il faire l'objet d'une transaction quelconque sans que cette opération soit inscrite à la fois sur le registre-matrice et sur le certificat de titre.

L'organisation matérielle de la publicité a, dans l'Act Torrens comme dans le Code allemand, un caractère réel : à chaque immeuble il est réservé une feuille spéciale du registre-matrice où se trouve l'indication de sa situation physique et juridique. Il y a cependant une différence importante entre ces législations. Le grundbuch, comme nous l'avons déjà dit (1), est la contre-partie du cadastre, les immeubles y sont mentionnés dans l'ordre de la nomenclature cadastrale et sous le numéro qui leur est fixé dans le cadastre. En Australie, à raison du caractère facultatif de l'immatriculation, les immeubles sont inscrits dans les feuillets du registre-matrice au fur et à mesure de leur enregistrement.

A côté du principe de la publicité, le principe de la force probante que nous avons déjà trouvé dans le Code Allemand (2), est consacré par l'Act Torrens. Mais, alors qu'en Allemagne le registre foncier ne protège que les acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi, le certificat de l'Act Torrens constitue un titre de propriété absolument décisif et inattaquable (3). (Arg. des art. 33 et 123 de l'Act de 1861, pour l'Australie du Sud.)

L'Act Torrens a consacré également le principe de la légalité. Le Registrar Général préside à l'accomplissement de toutes les formalités de la publicité et il lui est attribué, à cet effet, des pouvoirs très larges. Bien qu'il n'ait pas rang de juge et qu'il soit étranger à la hiérarchie judiciaire, l'Act lui impose le devoir de discuter la valeur juridique des *deeds* produits à l'appui de la demande d'immatriculation, de s'assurer à chaque transfert qu'aucun obstacle ne s'oppose à l'inscription, que l'acte est régulièrement établi, que les parties ont la capacité légale pour contracter. Faute de justifications suffisantes à cet égard, le Registrar

(1) Voir suprà, législation allemande p. 107
(2) V. SUPRA, p.110
(3) BESSON : *Les Livres Fonciers*, p. 344 et 347. — FERRON, p. 360 et 361.

peut surseoir à l'immatriculation ou à l'inscription, tant que l'erreur ne sera pas rectifiée ou la défectuosité réparée : sa décision n'est susceptible d'être réformée que par la voie de l'appel. Le Registrar a même le droit de convoquer, devant lui, sous peine d'amende, les tiers créanciers ou titulaires de droits réels et de les sommer à produire les pièces qui sont entre leurs mains et qui ont trait à l'immeuble dont l'immatriculation est demandée. Il lui est permis de déférer le serment ou d'exiger, des personnes appelées par lui en témoignage, une attestation écrite de la sincérité de leur déposition. Enfin, les copies d'actes qu'il délivre, relativement à un immeuble inscrit, font foi en justice. A tous ces points de vue, la mission du Registrar est comparable à celle du juge foncier prussien, à cette différence près, que le grundbuchrichter allemand est un juge, au sens strict du mot, tandis que le Registrar n'est qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif. (Besson, *Les Livres fonciers*, page 351.)

III. — Nous avons vu que lors de l'enregistrement, il est est remis à tout propriétaire un certificat de titre renouvelable à chaque transfert de propriété et qui est la reproduction fidèle et intégrale des mentions du registre-matrice (1). Par ce certificat de titre, l'Act Torrens a résolu le

(1) Modèle de certificat de titre :

CERTIFICAT DE TITRE
LIVRE-REGISTRE
Vol..... Fol.....
AUSTRALIE *(Armes royales)* DU SUD

« Conformément à l'acte n°....., en date du....., signé par X, rentier, Y est « investi d'un droit de pleine propriété, soumis néanmoins à tous les droits réels « et charges diverses qui sont indiquées au verso de ce titre, sur une terre située « dans le huunred de Clare, canton de Clare constituant la portion sud-ouest de la « section numérotée 136 dans ledit huunred et formée en tirant une ligne de l'angle « nord-est à l'angle sud-ouest de ladite section, laquelle terre est d'une contenance « de n..... ares, un peu plus ou un peu moins et bornée ainsi qu'il apparaît sur « le plan dessiné sur la marge ci-contre et marquée d'un trait fort, ladite section

problème de la mobilisation du sol et des créances hypothécaires.

Constituant la représentation de l'immeuble, ce certificat de titre mobilise la propriété foncière qui, dès lors, circule facilement et s'échange comme une véritable valeur de portefeuille. Le propriétaire qui veut vendre n'a qu'à rédiger, d'après un modèle annexé à la loi, un acte de transfert qu'il remet au Registrar Général en même temps que son titre de propriété. Une inscription est portée sur le registre, un nouveau titre est délivré et l'aliénation est réalisée (1). S'il s'agit d'une constitution de gage, l'opération est encore plus simple. Les parties rédigent un acte sous-seing privé d'après une formule annexée à la loi : le contrat d'hypothèque et le certificat de titre seront ensuite remis au Registrar, à fin d'inscription. Le propriétaire qui veut emprunter pour une courte durée n'a pas besoin de recourir aux moyens de droit commun ; il n'aura qu'à déposer en nantissement le certificat de titre chez le capitaliste, qui s'en contentera, puisque le propriétaire, dessaisi de son titre, ne peut consentir ni aliénation, ni hypothèque, ni droit réel. A l'échéance, le titre est retiré contre remboursement (2).

L'act Torrens, d'un autre côté, s'est préoccupé de la mobilisation du crédit : il admet le transport des créances

« numérotée 136 est représentée sur la carte dudit huunred, déposée au bureau « de l'arpenteur général.

« Cette terre avait été concédée originairement le....., sous la signature et le « sceau de Sir....., au susdit X, ainsi qu'il résulte du Land Grant, vol...., fol. 7, « maintenant annulé.

« En foi de quoi j'ai signé de mon nom et apposé mon sceau le.....

Le Registrar General,

Signé, scellé et délivré le.....

(Sur le dos se trouve indiqué le plan de la terre)

(1) A. DAIN, op. cit. p. 318.

(2) DAIN, op. cit. p. 318 et s.

hypothécaires par voie d'endossement, sous la réserve de l'inscription de chaque cession (1).

Remarquons, en terminant ce rapide aperçu de l'Act Torrens, que cette législation a réduit à leur plus simple expression les formalités de l'expropriation poursuivie contre le débiteur qui laisse passer l'échéance sans se libérer (2). Trois moyens d'exécution sont donnés au créancier hypothécaire contre son débiteur : la vente aux enchères publiques et à l'amiable, la datio in solutum par autorité de justice et enfin un droit d'antichrèse qui lui permet d'entrer en possession de l'immeuble et d'en percevoir les fruits et revenus.

Les principes fondamentaux de la législation hypothécaire du *Real property Act*, introduits dans la colonie de South Australia par une loi du 27 juillet 1858, ont été admis avec des modifications secondaires dans leur application, dans l'Australie Méridionale (1885), puis successivement dans le Queensland (1861), à Victoria (1862), dans les Nouvelles Galles du Sud (1862), l'Australie Occidentale (1874), la Nouvelle Zélande (1874), la Tasmanie (1862), la Colombie Britannique et les Iles Fidji (1877), dans l'État d'Iowa, aux États-Unis, à Madagascar (décret du 16 juillet 1897) et au Congo français (décret du 28 mars 1899).

(1) Modèle de transfert hypothécaire à inscrire par voie d'endossement sur l'acte constitutif :

« Moi, X, mentionné ci-contre en considération de la somme de..... qui m'a « été payée aujourd'hui par Z et dont je lui donne ici reçu, je lui transfère tous « les droits et actions pour lesquels je suis immatriculé en qualité de.....comme « il est dit dans l'acte ci-contre, pour les exercer en mon lieu et place. »

En foi de quoi j'ai signé ce.....

Signé : X.

Signé par le susnommé X, en présence de H.

Signé ; H.

Accepté comme ci-dessus, par Z, concessionnaire, en présence de E.

Signé : E et Z.

(2) Art. 57-60 du Real property Act.

TROISIÈME PARTIE

DES HYPOTHÈQUES SUR LES IMMEUBLES IMMATRICULÉS

LOI FONCIÈRE

TROISIÈME PARTIE

DES HYPOTHÈQUES SUR LES IMMEUBLES IMMATRICULÉS

LOI FONCIÈRE

SOURCES ET HISTORIQUE DE LA LOI FONCIÈRE

Le système foncier du droit musulman tunisien présente, comme nous l'avons vu, des défectuosités d'une nature tellement grave qu'il mérite à peine ce nom : si la propriété y revêt, ce que nous croyons en être la suprême évolution, la forme privée, individuelle elle n'offre, par son organisation même, qu'une base précaire aux transactions dont elle est l'objet et plus particulièrement au crédit hypothécaire.

Incertitude dans l'origine et l'existence du droit de propriété par le fait de sa constatation dans des titres rudimentaires et imprécis, que vient augmenter encore l'usage des actes de notoriété (outika); incertitude dans ses limites physiques par les énonciations incomplètes de l'acte d'où il procède; incertitude dans son étendue par l'admission d'un grand nombre de droits réels, véritables démembrements de la propriété, que rien ne révèle; incertitude, enfin, dans sa transmission par l'absence de tout mode de publicité qui puisse avertir les tiers de son état juridique : telle est la situation résultant des principes mêmes de la législation locale que les progrès économiques de la Régence, dûs à l'active et généreuse impulsion de l'État Pro-

tecteur, ne pouvaient admettre le maintien. Comme le dit fort bien l'éminent président du Tribunal Mixte, M. Anterrieu (1) « cette organisation primitive pouvait suffire aux « besoins d'une civilisation stationnaire; elle n'était aucu- « nement appropriée aux exigences de la nôtre et aux be- « soins du moment. Pour faciliter l'essor économique du « pays, pour attirer et retenir les capitaux nécessaires à « l'exploitation de ses richesses naturelles, pour satisfaire « aux besoins nouveaux il fallait faire cesser les situations « douteuses, consolider la propriété, épurer et fixer tous les « droits immobliers ».

Dès les premières années du protectorat, avec l'importance de plus en plus grandissante des intérêts européens, cette nécessité d'une réglementation nouvelle se faisait impérieusement sentir : il s'agissait, et le problème était difficile, de trouver les bases sur lesquelles elle devait s'effectuer. On avait pensé, à un moment donné, qu'il était suffisant pour assurer aux européens la sécurité des transactions immobilières de décider qu'à l'avenir, les actions immobilières, dans lesquelles ceux-ci se trouveraient en cause, seraient portées devant la juridiction française : l'on ne s'est pas arrêté, fort heureusement, à cette solution qui n'avait du remède que l'apparence. Ainsi que le déclarait lui-même le premier ministre Si Mohamed El Aziz Bou Attour dans son rapport à M. le Résident Général Cambon, « ignorants de la langue du pays, peu familiarisés avec ses « lois et ses usages, les Européens sont dans un état d'in- « fériorité manifeste pour contracter, ils n'ont que des « moyens insuffisants pour se prémunir contre des contes- « tations ultérieures. Un changement de juridiction ne « suffirait pas à les mettre à l'abri et ce changement aurait « en outre pour effet de léser quelquefois des propriétai- « res actuels tant européens qu'indigènes dont les titres,

(1) *Journal des Tribunaux de la Tunisie,* 1899 p. 134, 151 et 188.

« créés sous l'empire de lois et de coutumes souvent con-
« traires aux principes du droit français, pourraient deve-
« nir devant la nouvelle juridiction l'objet de contestations
« imprévues ».

Si le déplacement de la compétence constitue un palliatif illusoire et inefficace il en est de même de l'application pure et simple de la loi française aux immeubles possédés par des européens : limitée, en effet, à une seule classe de propriétaires fonciers elle n'apporterait pas une modification assez générale à l'état économique ; en outre, le système de publicité hypothécaire incomplet et restreint organisé par le Code civil et la loi du 23 mars 1855 peut suffire aux besoins économiques d'un pays ou la propriété foncière et les droits réels, assis sur des bases solides et anciennes, sont en outre établis par des actes publics, œuvres d'officiers ministériels habitués à rechercher et décrire les origines du droit qu'ils constatent. Dans ces conditions une sécurité suffisante est assurée par l'inscription des hypothèques et la transcription des actes entre vifs constitutifs de droits réels. Il n'en saurait être de même dans un pays où il s'agit d'attirer les capitaux en rendant les transactions rapides et sûres. Il faut que l'acquéreur ou le capitaliste puisse être facilement fixé sur la condition juridique des immeubles, d'où la nécessité d'entourer d'une publicité complète toutes les transactions immobilières. La législation du Code civil ne donne qu'une satisfaction imparfaite aux besoins d'une colonie où doivent affluer des capitaux et des acquéreurs venus du dehors (1).

Mais si l'on ne pouvait consacrer purement et simplement les législations locale ou française, il était essentiel, d'autre part, de n'exclure complètement ni l'une ni l'autre : un régime créé de toutes pièces pour être plus sûr et plus simple peut ne pas convenir à une situation donnée ;

(1) Rapport de M. CAMBON, III (Recueil de la loi Foncière).

il fallait, si l'on voulait faire œuvre efficace et durable, s'inspirer du milieu de son application, et maintenir par conséquent les coutumes du pays dans ce qu'elles ont d'utile à conserver et d'un autre côté y introduire, avec quelques principes des législations étrangères, certaines prescriptions du Code civil. C'est ce qu'a réalisé la loi foncière tunisienne du 1er juillet 1885, qui est, comme on l'a fort bien dit (1) « une œuvre de sage éclectisme où se combinent heu-« reusement les principes de la loi française et les amélio-« rations dont s'honorent les systèmes fonciers de l'étran-« ger ».

Promulguée le 1er juillet 1885 la loi foncière ne fut mise à exécution que le 15 juillet 1886. Elle constitue un Code complet de la propriété foncière (14 titres et 381 articles) : outre ce qui a trait à l'immatriculation, elle contient encore des dispositions relatives à la distinction des biens, aux différents droits réels (enzel, usufruit, usage, emphytéose, superficie, privilèges, hypothèques), à la possession et à l'expropriation forcée.

La matière des hypothèques a été l'objet de l'attention particulière du législateur : elle a reçu dans la loi foncière un développement que l'importance du sujet à traiter justifiait et même imposait. C'est à son examen qu'est consacrée cette IIIe partie. Il s'agit de déterminer le mode de constitution et tous les effets de l'hypothèque ayant pour assiette un immeuble immatriculé. Mais pour comprendre et apprécier l'étendue et les avantages de l'innovation de la loi nouvelle, à cet égard, il est nécessaire d'exposer préalablement en quoi consiste l'immatriculation et quelles en sont les conséquences. Comme nous l'avons fait remarquer à maintes reprises, il existe une concordance absolue, un lien intime

(1) Besson, op. cit.

entre l'organisation de la propriété et celle de l'hypothèque qui la grève. Pour que le propriétaire trouve des bailleurs de fonds, il faut, dit fort judicieusement M. Besson, que les tiers aient la certitude de faire en prêtant sur hypothèque un placement solide de leurs capitaux; si le capitaliste craint de voir son gage lui échapper par l'effet d'une éviction dont la cause lui est actuellement inconnue, il refuse son concours au propriétaire ou ne le lui accorde qu'à des conditions très dures. La propriété ne peut prospérer entre les mains de ses possesseurs qu'à la condition de demander au crédit réel les ressources nécessaires. Réciproquement le crédit territorial ne saurait se developper s'il n'a pour point d'appui la garantie immuable du droit de propriété.

Le plan de cette III^e^ partie est donc tout naturellement tracé : une première section est réservée à l'étude de l'organisation générale du régime nouveau, la seconde concerne exclusivement l'examen du détail de ses dispositions relatives aux hypothèques constituées sur les immeubles immatriculés.

SECTION PREMIÈRE

—◆—

Organisation Générale du Régime nouveau

L'immatriculation est la formalité initiale de la loi du 1er juillet 1885 : son principe fondamental est en effet que tout propriétaire ou détenteur d'un droit réel qui veut bénéficier du régime nouveau et asseoir ses droits de propriété doit faire immatriculer son immeuble. Elle consiste dans l'établissement d'un titre de propriété dressé par un agent administratif, sous le contrôle de l'autorité judiciaire et dans l'inscription de ce titre sur des registres publics (1).

L'immatriculation est facultative comme dans le Real property act : en Tunisie, comme en Australie, on n'entend nullement imposer le régime nouveau aux propriétaires qui ne voudraient pas l'accepter. On laisse à l'initiative privée le soin de se prononcer entre l'ancienne et la nouvelle législation : ce système a l'avantage de ne point modifier brusquement les coutumes et les traditions des indigènes, il laisse au temps et à l'expérience le soin de leur démontrer l'avantage des lois nouvelles ; mais il fournit dès à présent aux capitalistes les sécurités qui leur sont nécessaires. (Rapport Cambon, XII). L'examen de la demande d'immatriculation est soumis à un organe spécial, le Tribunal Mixte, à la suite d'une procédure destinée à fixer l'état physique et juridique de l'immeuble et à mettre en demeure les tiers de faire valoir leurs droits sous peine de forclusion : c'est à ce Tribunal qu'il appartient d'admettre ou de rejeter la réquisition.

(1) Alfred Dain : R. A. 1885. 1. 295.

L'immatriculation prononcée aboutit à la création d'un titre de propriété ; le conservateur de la propriété foncière le dresse à l'aide des éléments que lui fournit la sentence du Tribunal Mixte : un double en est remis au propriétaire et l'original forme l'un des feuillets du registre foncier.

Aux termes de l'art. 19 de la loi foncière tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation sont inscrits sur un titre de propriété qui forme leur point de départ unique à l'exclusion de tous droits antérieurs. Ainsi l'immatriculation produit tout d'abord une conséquence énergique : elle purge l'immeuble de toute charge qui ne s'est pas manifestée en temps opportun et n'a pas été inscrite. La liquidation du passé est complète, tous les titres rétrospectifs sont effacés pour faire place à un autre titre unique qui porte avec lui la preuve décisive du droit du propriétaire. Aucune incertitude ne saurait s'élever désormais ni sur les limites de l'héritage, ni sur l'origine de la propriété, ni sur l'étendue des charges foncières. Les tiers acquéreurs ou créanciers peuvent traiter en toute sécurité, leur confiance dans la solidité du droit de l'aliénateur ne sera jamais trompée. Le propriétaire, inscrit comme tel sur le registre foncier, est toujours, quoiqu'il advienne, le propriétaire légitime au regard des tiers qui contractent avec lui (1). La propriété est ainsi établie d'une manière définitive, irrévocable : celui qui est lésé par l'immatriculation est privé de tout recours sur l'immeuble ; il n'a, en cas de dol, qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre l'auteur (art. 38. L. F.). Les Tribunaux de Tunisie appliquent rigoureusement ce principe : T. 16 juillet 1894, J. T. 94. 469. — T. 19 nov. 1894, J. T. 95. 116. — T. 12 nov. 1894, J. T. 95. 54. — T. 20 mars 1895, R. A. 1895, 2. 358. — T. 22 mai 1895, J. T. 95. 461. — T. 21 octobre 1895, J. T. 95. 539. — T. 4 décembre 1895, J. T. 96. 53. — T. 14

(1) Besson, op. cit. p. 383.

janvier 1896, J. T. 97. 660. — T. m. 1re ch. 25 juin 1896, J. T. 96. 442. — T. 15 février 1897, J. T. 97. 225. — T. 1re ch. 15 mars 1897, J. T. 97. 268. — T. 1re ch. 7 juin 1899, J. T. 99. 404.

Substitution de la loi foncière au droit musulman c'est-à-dire de textes précis et formels à des coutumes vagues et équivoques, voilà encore un effet de l'immatriculation : par celle-ci l'immeuble passe sous le régime nouveau combiné avec les dispositions du Code Civil français qui ne sont contraires ni à la foncière ni au statut personnel ou aux règles de succession de ses titulaires (art. 2 et 18 L. F.) et est soumis dorénavant et d'une manière exclusive et définitive à la juridiction des Tribunaux français de Tunisie (art. 20 L. F.).

Telles sont les conséquences essentielles de l'immatriculation. Mais il était évident que l'Administration du Protectorat ne pouvait arrêter là son œuvre ; il ne suffisait pas pour assurer le crédit hypothécaire, de déterminer l'origine et le point de départ de la propriété. Il était nécessaire d'organiser un système de publicité qui permît de suivre la propriété dans toutes ses transformations et modifications juridiques de nature à en augmenter ou à en amoindrir la valeur. Comme l'a fait fort judicieusement remarquer M. de Belleyme dans son rapport présenté au nom de la commission du Corps législatif (1) « en matière hypothécaire, c'est la propriété qui emprunte ; elle doit prouver sa solvabilité ; le crédit personnel peut être élastique et ne pas se mesurer absolument à la fortune de celui qui emprunte : il y a dans les affaires une marge pour la confiance et l'avenir. Le crédit réel de la propriété se mesure au contraire à la limite de sa valeur vénale ; ses ressources ne peuvent aller au-delà : tout ce qui intéresse cette valeur appartient donc à la publicité. Ce n'est que par une révé-

(1) *Moniteur* de 1854 ; supplément du 31 mai, annexe au procès-verbal de la séance du Corps législatif du 20 mai 1854. — Annexe I, p. XXXIV, n° 254.

lation entière des charges de la propriété, ce n'est qu'en donnant aux tiers intéressés la plus complète sécurité que l'on peut assurer le développement si désirable du crédit immobilier ».

C'est sur ces bases que le principe de publicité a été édifié : il affecte dans la loi du 1er juillet 1885 un caractère absolu que nous avons rencontré au cours de l'examen des législations allemande et belge et qui ne se retrouve pas dans le Code Civil français : les mutations après décès aussi bien que les actes entre-vifs relatifs à un immeuble immatriculé y sont soumis. Tous faits ou conventions ayant pour effet de transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titulaire ou de modifier toute autre condition de son inscription ; tout bail de plus d'un an, toute quittance ou cession d'une somme équivalant à plus d'une année non échue de fermages, loyers ou rente d'enzel ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été inscrits sur le registre foncier (art. 343 L. F.) On ne saurait certes établir une publicité plus large : mais il est essentiel de remarquer que celle-ci, à l'instar du droit français et à la différence des législations basées sur les livres fonciers, n'est exigée que pour rendre la convention opposable *aux tiers* et non comme une condition de son existence : entre les parties un droit réel existe par la seule puissance du consentement ; au principe du Real Property Act, d'après lequel les droits réels ne se créent que par leur inscription, la loi tunisienne a substitué la règle du Code Civil, qui donne à la volonté des parties plein effet entre elles. La transmission d'un droit sous le nouveau régime est donc régie par un double principe : entre les parties elle résulte du consentement, à l'égard des tiers elle prend date au jour de son inscription : celle-ci fixe le rang d'antériorité en sorte qu'entre deux titulaires successifs de droits réels la préférence s'établira au profit de celui qui se sera conformé à la loi de la publicité.

La loi du 1er juillet 1885 a donné à la publicité une organisation pratique absolument différente de celle du Code Civil français. On sait que, sous l'empire de ce dernier, la publicité immobilère est purement personnelle : les inscriptions ou transcriptions sont opérées sur les registres de la Conservation au nom du propriétaire par ordre chronologique et c'est encore ce nom et celui des précédents propriétaires qui sert de guide aux recherches tendant à établir l'état juridique d'un immeuble. Il ne pouvait s'agir d'admettre ce système en Tunisie : ainsi que le constate M. Cambon « une pareille organisation suppose que l'état-civil de chaque détenteur d'immeubles est exactement connu et défini ; en pays musulman elle se heurte à des obstacles presque insurmontables. Les indigènes n'ont ni état-civil, ni nom patronymique ; dans la pratique, ils se reconnaissent par un prénom auquel vient s'ajouter le prénom du père : Mustapha, fils de Mohamed par exemple ; comme le nombre de ces prénoms est assez limité il en résulte que beaucoup d'indigènes portent des appellations identiques. Si l'on songe qu'en France la similitude de certains noms plus fréquemment usités est déjà une source de difficultés et de complications pour la tenue de nos registres hypothécaires, on se rendra aisément compte des impossibilités d'un pareil système en pays musulman. Pour l'appliquer il eût fallu constituer l'état-civil des indigènes avant d'asseoir leur propriété ; entreprise laborieuse et d'une exécution compliquée (rapport IV). Aussi à la publicité personnelle du Code Civil la loi de 1885 a-t-elle préféré la publicité réelle admise en Allemagne et en Australie : elle a réuni tous les renseignements concernant l'état naturel et légal de la propriété immobilière dans un document unique permettant d'embrasser d'un coup d'œil la situation de l'immeuble. A chaque immeuble il est réservé un feuillet du registre dans lequel sont mentionnées, à la date de leur accomplissement, les inscriptions y relatives : mais en l'absence d'un plan

cadastral il n'a pas été possible de désigner, comme en Australie l'immeuble par un numéro : on y a suppléé en exigeant, du requérant l'immatriculation, l'indication d'un nom propre sous lequel le bien figurera dans le registre foncier.

D'un autre côté, à l'instar du Real Property Act, cette organisation est complétée et facilitée par la substitution, dans tous les cas, de l'inscription à la transcription comme procédé de réalisation de la publicité : tous les actes présentés à la Conservation de la Propriété foncière ne sont pas portés entièrement et littéralement sur les registres mais y sont indiqués au moyen de mentions sommaires. C'est au Conservateur qu'il appartient de déterminer les termes de l'inscription en dehors de ceux exigés par la loi et qui varient suivant les cas.

Le principe de publicité, ainsi que nous l'avons fait remarquer dans notre deuxième partie, a comme corrollaire essentiel dans le système germanique et le système de l'Act Torrens, celui de la force probante, d'après lequel un droit régulièrement acquis sur la foi des registres est à l'abri de toute discussion et de toute contestation. A leur exemple, la loi foncière a adopté ce principe : cela résulte tant de son économie générale que de l'art. 16 aux termes duquel l'existence d'un droit résultera, à l'égard des tiers, de son inscription : *l'annulation de cette dernière ne pourra en aucun cas être opposée aux tiers de bonne foi.* Elle a ainsi donné aux tiers, acquéreurs et créanciers, une entière sécurité : celui qui, de bonne foi, a contracté avec le titulaire d'un droit réel inscrit sur le livre foncier n'a rien à redouter des causes d'éviction ou d'une restriction quelconque du droit de disposition affectant le titre de son auteur, lorsqu'elles ne lui ont pas été révélées par une énonciation sur le feuillet de l'immeuble. Plusieurs applications du principe sont faites dans la loi foncière : notons particu-

lièrement l'art. 371 où il est stipulé qu'en cas de vente à réméré, la clause de réméré devra toujours être inscrite.

Toutefois, la règle se trouve limitée par son fondement même. Consacrée pour assurer la sécurité aux tiers, elle devait être restreinte à cette limite : entre les parties contractantes, l'annulation d'inscription peut être poursuivie et produire tous effets.

Pour se prévaloir de la force probante et se retrancher derrière l'autorité du registre foncier, les tiers doivent avoir contracté de bonne foi c'est-à-dire dans l'ignorance de la précarité du droit de leur auteur. C'est là la seule condition imposée par l'art. 16 (1). Elle se justifie par une raison d'équité : le tiers de mauvaise foi n'est pas digne de la protection légale et en présence d'un conflit d'intérêts il est tout naturel que la loi incline plutôt vers celui qui a été la victime de manœuvres frauduleuses ou dolosives.

Il va sans dire, cependant, que l'autorité des livres fonciers, qui ne saurait couvrir un acquéreur ou un créancier de mauvaise foi, peut être excipée par un ayant cause de celui-ci qui a contracté sans fraude : ce n'est là que le développement rationnel de la force probante.

Le principe de la force probante présente le grave inconvénient de sacrifier quelquefois des droits qui, pour des raisons légitimes, ne sont pas susceptibles d'une inscription immédiate. Que l'on suppose le cas où une personne sous l'empire de la violence, par exemple, consent la vente d'un de ses immeubles; l'acquéreur s'empresse de faire inscrire le transfert de propriété. Le véritable propriétaire poursuivra, il est vrai, l'annulation de la vente comme entachée de violence, mais, pendant l'intervalle qui s'écoule entre l'action en justice et le jugement, le spoliateur peut aliéner l'immeuble et le nouvel acquéreur ignorant la précarité du droit de son auteur est à l'abri de toute éviction;

(1) Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de distinguer, comme dans la loi belge, si le contrat passé par le tiers est à titre gratuit ou onéreux.

le véritable propriétaire est ainsi dépouillé sans que l'on ait une faute à lui reprocher. La loi foncière qui a emprunté la règle de la force probante à la législation allemande lui a également emprunté le palliatif à ses rigoureuses conséquences : la prénotation (Vomerkung)(1). Nous étudions en détail cette institution dans le chapitre relatif à la publicité des hypothèques auquel nous renvoyons.

L'organisation de la publicité est complétée dans la loi du 1er juillet 1885 par la règle de la spécialité des charges qui affectent la propriété : elle y revêt un caractère absolu que justifie, particulièrement en Tunisie, le grand nombre des droits réels. Comme la publicité, elle est instituée dans l'intérêt des tiers : il ne suffit pas à ceux-ci, en effet, de savoir que tel immeuble est grevé d'une certaine charge, le registre doit leur indiquer également son étendue afin qu'ils puissent se rendre compte exactement du degré de crédit dont il est susceptible. Les applications de ce principe se trouvent dans l'art. 368 : il y est exigé par exemple que, pour l'enzel, l'inscription contienne l'indication du propriétaire, du crédi-rentier et *du montant annuel de la rente,* pour les baux, du locataire *et du prix annuel du bail ;* pour l'antichrèse et l'hypothèque, du créancier *et du montant de la créance.* Et la spécialisation doit exister tant dans l'inscription que dans l'acte même qui sert de base à celle-ci : si la créance est indéterminée, l'évaluation est faite, à la différence de ce que nous voyons dans le code civil, par les parties contractantes et non point uniquement par le créancier.

Origine et assiette de la propriété irrévocablement fixées et à l'abri de toute discussion, publicité et spécialité absolues de tout élément qui modifie sa condition juridique, force probante en vertu de laquelle tout droit acquis sur

(1) Voir SUPRA, p. 110

la foi d'une énonciation du registre foncier est garanti contre tout droit occulte : tels sont donc les principes fondamentaux de la loi du 1er juillet 1885. La loi foncière, suivant en cela l'exemple de l'Act Torrens, a organisé ce que l'on est convenu d'appeler la mobilisation de la propriété.

La doctrine de la mobilisation du sol, pour n'être pas récente, soulève encore les discussions les plus passionnées : on la représente comme étant funeste aux intérêts privés autant qu'à l'ordre social. En facilitant la transmission de la propriété, dit-on : « elle hâte la dispersion du patrimoine « familial, détourne l'homme de la terre en l'habituant à « ne voir en cette richesse sacrée que l'équivalent d'une « somme d'argent, une simple valeur d'échange au lieu de « l'envisager comme élément de conservation sociale ».

Mais comme le fait très judicieusement remarquer M. Alfred Dain « dans une colonie naissante, où les fortunes « ne sont pas encore assises, où les initiatives hardies, l'es- « prit d'entreprise doivent être encouragés, la force même « des choses amène nécessairement de fréquents déplace- « ments de propriété ; bien loin d'y mettre obstacle, il faut « les favoriser afin que le sol puisse passer aux mains les « plus habiles à l'exploiter. Le moyen le plus sûr d'attirer « la colon et les capitaux c'est de favoriser la vente et l'hy- « pothèque de la terre. Toute législation qui gêne les trans- « actions immobilières est un obstacle au développement « colonial » (1).

La loi du 1er juillet 1885 a réalisé la mobilisation du sol par le même moyen que l'Act Torrens. On sait que lors de l'immatriculation d'un immeuble, il est remis au propriétaire une copie de son titre conforme à l'original consigné sur le registre de la conservation ; cette copie doit être tenue, pour l'avenir, en complète concordance avec celui-ci en sorte qu'aucune transaction n'est possible si le

(1) R. A. 1885. 1. 350.

propriétaire ne la présente pas au conservateur. Par elle, le sol est mobilisé; le propriétaire qui veut vendre n'a qu'à rédiger un contrat de transfert et la mutation s'opèrera par une double inscription sur le registre et sur la copie.

La loi tunisienne a-t-elle en outre organisé la mobilisation du crédit? La loi du 1er juillet 1885 facilite le crédit en permettant d'emprunter avec remise de la copie du titre de propriété au créancier et en admettant la constitution de l'hypothèque par acte sous-seing privé.

Mais l'acte constitutif d'hypothèque peut-il contenir la clause à ordre de telle sorte que la créance hypothécaire devienne transmissible par endossement comme un effet de commerce?

S'il faut en croire M. le Résident Général Cambon (1) la loi tunisienne a admis cette transmision par endossement. Si aucun texte précis ne consacre cette faculté, c'est qu'elle résultait suffisamment des principes généraux du Code combinés avec les règles de la loi nouvelle (arg. art.2): la jurisprudence française admet, en effet, que l'hypothèque peut être cédée par voie d'endossement en même temps que la créance dont elle dépend. C'est ainsi qu'une lettre de change rédigée en la forme authentique sera cédée par la clause à ordre avec les sûretés réelles qui la garantissent. Ce procédé, aujourd'hui entré dans la pratique, avait paru pendant longtemps réservé aux seules créances commerciales. Mais la Cour de Cassation a décidé que la clause à ordre n'était pas un mode de cession propre aux seules valeurs commerciales. Elle admet qu'une créance civile peut être endossée et régulièrement transmise sans qu'on ait besoin de se soumettre aux significations prescrites par l'art. 1690 du Code civil. Cette jurisprudence, sous l'empire même du Code civil, facilite déjà la circulation des titres hypothécaires, elle en prépare la mobilisation. Cass.

(1) Rapport XVII.

8 mai 1878. D. P. 78. 1. 241 et une note de M. Beudant. Cass. 7 mai 1879. D. P. 79. 1. 367 (1).

Seulement il faut remarquer que chaque endossement, sous l'empire de la loi tunisienne, doit être rendu public par l'inscription ; l'art. 343 est formel : tous faits ou conventions ayant pour effet de transmettre en droit réel immobilier..... d'en changer le titulaire..... seront, pour être opposables aux tiers, inscrits sur le titre par le Conservateur. Et d'autre part on ne voit pas comment l'endossement pourra être inscrit car ce même article contient une prescription qui vient paralyser l'accomplissement de cette formalité : il ordonne en effet pour tout acte à inscrire le dépôt en double; or, comment peut-on satisfaire à cette exigence en ce qui concerne la cession d'hypothèque par voie d'endossement?

Il faut remarquer aussi que la loi du 1er juillet 1885 a, de même que le Code civil, envisagé l'hypothèque comme un droit accessoire et si elle en autorise la transmission, c'est toujours sous l'expresse condition de son rattachement à une obligation personnelle qui lui sert de support. Mais il existe d'autres systèmes de mobilisation hypothécaire qui ont reçu la consécration de l'expérience par leur application dans plusieurs Etats Européens ; l'hypothèque y revêt un caractère principal et son existence est indépendante de la créance qu'elle peut être appelée à garantir. Nous en avons donné un aperçu dans la IIe partie de cette étude (2). Le système des bons ou des cédules hypothécaires du 9 Messidor an III, introduit avec d'importantes modifications en Prusse et dans certains Etats allemands sous le nom de Grundschulden, pourrait utilement servir d'éléments d'inspiration au législateur tunisien en lui montrant la voie à suivre.

Nous complétons cet aperçu général du régime de la loi

(1) Alfred Dain, R. A. 1885. 1. 319.
(2) Voir la deuxième partie de cette étude : Législation allemande p. 113.

du 1er juillet 1885 par quelques mots sur les privilèges, les hypothèques occultes et l'hypothèque judiciaire.

Le principe de publicité absolue en vertu duquel les droits réels n'existent à l'égard des tiers que du jour et par le fait de l'inscription entraînait comme conséquence inévitable l'exclusion des privilèges sur les immeubles : aussi la loi foncière n'en reconnaît-elle point, du moins en principe, car la sûreté attribuée au crédi-rentier de l'enzel qu'elle admet sous cette dénomination, ne constitue pas à proprement parler un privilège, étant comme l'hypothèque soumise à l'inscription qui, seule, fixe son rang de préférence d'une manière définitive et sans aucune rétroactivité. L'unique et véritable privilège qui existe sous l'empire de cette loi est celui de l'art. 229 — 1° et 2° qui porte sur le prix des immeubles à défaut de mobilier : les créances auxquelles elle accorde ainsi un droit de priorité sur les hypothèques sont les suivantes et s'exercent dans l'ordre ci-après indiqué : 1° les frais de justice, 2° les droits du Trésor. Etant donnée leur modicité le privilège qui les garantit ne saurait compromettre la sécurité des transactions immobilières.

Le vendeur et le copartageant, auxquels le Code Civil français accordent un privilège, n'ont droit sous l'empire du régime nouveau qu'à une hypothèque : *conventionnelle* si elle a été réservée dans le contrat, *forcée* lorsqu'elle a été obtenue sur leur demande par une décision judiciaire la leur reconnaissant ; dans l'un et l'autre cas, son rang est déterminé par la date de l'inscription qui en a été prise. Quant à l'action en résolution, le vendeur ne peut l'opposer aux tiers que s'il l'a conservée par la voie de la publicité : c'est là une application de la règle de la force probante qui veut que toute restriction apportée au droit des créanciers inscrits n'ait d'effet à leur égard que si elle a été mentionnée sur le registre foncier.

Considérés unanimement comme incompatibles avec un

bon régime hypothécaire, les hypothèques occultes sont supprimées. Volontaires ou forcées (légales), les hypothèques se trouvent indistinctement soumises à l'inscription : elles ne sont opposables aux tiers et n'ont rang que du jour où cette formalité a été effectuée. D'un autre côté le principe de la spécialité a été poussé à ses extrêmes limites : alors qu'en droit français les hypothèques légales du mineur et de la femme sont générales et indéterminées, c'est-à-dire s'étendent à tous les immeubles présents et à venir du mari pour la garantie de sommes imprécises, en Tunisie elles doivent être spécialisées, ainsi que les hypothèques volontaires, quant à l'immeuble et quant à la créance. Sous la dénomination d'hypothèques forcées il est organisé un système de sûretés réelles, emprunté aux projets de revision du système hypothécaire français élaboré en 1850 et à la loi belge, destiné à protéger les droits des incapables que la suppression des hypothèques générales et occultes pouvait avoir pour conséquence de léser. A l'ouverture d'une tutelle ou d'une interdiction le conseil de famille désigne contradictoirement avec le tuteur ceux de ses immeubles qui seront grevés d'hypothèque et fixe la somme pour laquelle l'inscription sera prise : à défaut de consentement du tuteur le Tribunal en fera la détermination et l'hypothèque ainsi obtenue est dite forcée. En ce qui concerne la femme, la convention matrimoniale déterminera les immeubles du mari qui seront grevés par l'hypothèque, l'objet auquel s'applique la garantie et la somme pour laquelle inscription sera prise : à défaut de stipulation et si le mari refuse d'accorder l'hypothèque il y sera pourvu par une décision judiciaire. Dans l'un et l'autre cas selon que les garanties données par le tuteur ou le mari se trouvent excessives ou insuffisantes au cours de la tutelle ou du mariage, la diminution ou l'augmentation s'en effectuera dans les mêmes conditions. Par cette combinaison, le crédit du mari est ménagé, et s'il reçoit une atteinte ce n'est

que dans les limites imposées par la protection due aux intérêts des incapables.

Appliqué à l'hypothèque judiciaire le double principe de la publicité et de la spécialité nécessitait de sérieuses modifications de cette institution : les auteurs de la loi du 1er juillet 1885, devant les vives critiques qu'elle soulève dans les pays où elle est implantée, l'ont supprimée purement et simplement.

SECTION DEUXIÈME

Etude spéciale de l'hypothèque

L'article 231 de la loi foncière reproduit presque textuellement l'art 2114 du Code Civil français et définit l'hypothèque « un droit réel immobilier sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent ».

Reprenons un à un ces divers caractères et analysons-les rapidement :

1° L'hypothèque de la loi foncière, comme celle du droit français constitue un droit réel ; c'est un jus in rem, un droit dans la chose ainsi que le dit Pothier : il s'exerce d'une manière absolue contre l'immeuble quelqu'en soit le détenteur.

2° Elle est un droit réel immobilier. Ce caractère ne se trouve pas indiqué dans le Code Civil. En comblant cette lacune, la loi foncière a empêché de naître une controverse qui existe sous l'empire de ce dernier. Certains auteurs, en effet, se basant sur le silence de l'art. 2114 C. C., soutiennent qu'il faut appliquer à l'hypothèque, droit accessoire garantissant l'acquittement d'une obligation, la règle traditionnelle accessorium sequitur principale ; elle est un droit mobilier parce qu'elle doit emprunter la nature du droit principal : la créance, droit mobilier. On a répondu avec raison que la seule conclusion que l'on puisse tirer du caractère accessoire de l'hypothèque est qu'elle ne peut naître, ni subsister sans l'obligation mais non qu'elle doive nécessairement avoir la même nature que celle-ci. C'est là

l'opinion générale et la jurisprudence française est en ce sens (1). Mais la question n'en reste pas moins controversée et la loi foncière, en complétant la définition du Code Civil, a tranché toute discussion à ce sujet. Sa solution présente un intérêt pratique important au point de vue de la faillite et de la capacité en matière de renonciation et de cession d'hypothèque.

3° L'hypothèque est un droit accessoire et suit le sort de l'obligation à laquelle elle se rattache.

4° Elle garantit l'acquittement d'une obligation c'est-à-dire engendre au profit du créancier hypothécaire un droit de préférence en vertu duquel il prime les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires d'un rang inférieur au sien.

5° L'art. 231 ajoute que l'hypothèque suit les immeubles qu'elle affecte en quelques mains qu'ils passent. Ce droit de suite est la conséquence nécessaire du caractère réel de l'hypothèque et l'auxiliaire indispensable du droit de préférence ; sans lui elle serait une garantie absolument illusoire puisqu'il suffirait alors au débiteur d'aliéner l'immeuble pour l'affranchir des charges hypothécaires qui le grèvent. La loi foncière subordonne l'exercice du droit de préférence et du droit de suite à certaines mesures de publicité déterminées par les art. 259 et 261 et s.

6° L'Hypothèque, dit en dernier lieu l'art. 231, est de sa nature indivisible (2). Tous les immeubles qui en sont grevés demeurent tels jusqu'au payement intégral de la dette : l'acquittement partiel de celle-ci n'aura pas pour

(1) Req. 2 mars 1840, S. 40. 1. 564. — Civ. Cass. 18 juillet 1843, S. 43. 1. 778.— Paris 17 juillet 1866, S. 67. 2. 23.

(2) Sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque V. L. 8, D., *De distractione pignorum* (XX, 5). — Req. 1er février 1848, D. 48. 5. 237. — Req. 18 novembre 1844, D. 45. 1. 55. S. 46. 1. 567. — Aubry et Rau III p. 412 s. 284. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. Priv. et Hyp. II n. 897. s. — Laurent XXX, n. 175.— Colmet de Santerre, IX, n. 75 *bis*. IV s. Rodière. *Traité de l'indivisibilité* n. 466. — Civ. rej. 20 décembre 1848, D. 49. 1. 81. — Req. 29 juillet 1858, D. 59. 1. 125.

effet d'entraîner une diminution proportionnelle dans l'étendue de l'hypothèque. L'indivisibilité existe de plein droit au profit du créancier sans qu'une stipulation dans le contrat hypothécaire en soit nécessaire ; la loi a décidé ainsi par voie interprétative de la volonté des parties. Aussi leur est-il permis d'y déroger et de convenir la divisibilité, de décider par exemple que le payement d'une portion de la dette affranchirait un des immeubles grevés : l'indivisibilité, en d'autres termes, est de la nature de l'hypothèque, non de son essence.

Ce caractère d'indivisibilité soulève, en droit français, une grave difficulté dans le cas de concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale. Il s'agit de savoir si, des créanciers ayant une hypothèque conventionnelle sur un immeuble déterminé, peuvent contraindre, en cas d'expropriation, un créancier à hypothèque générale à restreindre celle-ci à d'autres immeubles du même débiteur ou, tout au moins, à l'appliquer proportionnellement à chaque immeuble y compris celui qui est affecté à leur garantie. Le principe de l'indivisibilité semble devoir conduire à leur dénier ce droit mais la question est vivement controversée. Quoiqu'il en soit, il importe de remarquer que cette difficulté ne saurait se présenter sous l'empire de notre loi foncière qui n'admet pas d'hypothèques générales.

CHAPITRE PREMIER

DES BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUES

Aux termes de l'art. 232. (L. F.) « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi ». La détermination des biens susceptibles d'hypothèque, à cause des avantages que cette sûreté accorde, touche à l'intérêt général et ne peut-être faite que par la loi seule : la volonté des parties est impuissante à frapper d'une hypothèque des biens qui n'en sont pas susceptibles d'après la loi. De ce principe découle cette conséquence très importante que les textes relatifs a cette matière doivent nécessairement recevoir l'interprétation restrictive, que les biens seulement qui rentrent dans l'énumération de l'art. 233 (L.F.) peuvent être grevés de charges hypothécaires (arg. des mots sont seuls).

Il convient avant de les étudier en détail d'établir cet autre principe d'après lequel sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens qui peuvent être l'objet d'une expropriation forcée ; le simple rapprochement des art. 233 et 287 (LF) suffit à le démontrer : il y a en effet une similitude presque complète entre les deux textes qui semblent copiés l'un sur l'autre. Cette règle est d'ailleurs conforme au but final de l'hypothèque, le créancier s'est assuré cette garantie afin de se faire payer en cas d'insolvabilité du débiteur sur le prix provenant de l'adjudication de l'immeuble. Or, si l'hypothèque pouvait porter sur des biens dont l'expropriation n'était pas possible, elle serait une garantie absolument illusoire. Quo mihi pignus si id vender non liceat?

C'est ce qui explique l'identité de rédaction des art. 233 et 287. Il était très utile de mettre en relief ces principes que nous aurons souvent à appliquer particulièrement pour la rente de l'enzel et les biens habous.

L'art. 233 nous donne l'énumération des biens susceptibles d'hypothèque « Sont *seuls* susceptibles d'hypothèques :

1° La propriété immobilière qui est dans le commerce;

2° L'usufruit des immeubles pour le temps de sa durée;

3° L'enzel;

4° L'emphytéose;

5° La superficie.

Analysons chacun de ces termes :

1° La propriété immobilière qui est dans le commerce

La propriété immobilière, telle que l'entend l'art. 233, est celle des immeubles par nature, déterminés par les art. 4 et 5, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments. Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont frappés uniquement comme accessoires du fonds par l'hypothèque qui porte sur ce dernier et non principaliter. Mais, de ce que l'art. 233 déclare susceptible d'hypothèque la propriété immobilière, il ne faut pas conclure qu'il ne s'agit que de la pleine propriété : la nue propriété pourra en être affectée (1).

La loi foncière, comme le Code civil, reconnaît un second groupe d'immeubles : les immeubles par destination c'est-à-dire « les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ainsi que tous effets mobiliers qu'il y a attachés à perpétuelle demeure (art. 10 L.F). Sont-ils susceptibles d'hypothèque? L'art. 233-1° qui concerne uniquement les immeubles par nature est

(1) Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. Priv. Hyp. I n° 594 - II n° 913 et 920, Paris, 19 juillet 1855 et sur pourvoi Req. 16 avril 1856, D. 56. 1.317 - S. 56. 1.650.

complété par l'art. 234 d'après lequel « l'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles ». Ces termes généraux comprennent les immeubles par destination : ils peuvent donc être grevés hypothécairement. Et la loi tunisienne (1) se sert pour le dire de deux expressions très significatives « l'hypothèque acquise s'étend ». Elle indique par là que ces accessoires, pris individuellement et abstraction faite du fonds, ne sont pas susceptibles d'hypothèque, ils ne le sont que par l'extension de l'hypothèque qui est acquise sur le fonds.

Peuvent être grevés d'hypothèque les immeubles qui sont dans le commerce c'est-à-dire ceux dont la nature satisfait au second principe que nous avons posé au début : être saisissable immobilièrement. Par suite les immeubles faisant partie du domaine public, les servitudes considérées abstraction faite du fonds qui en profite, ne pouvant être saisis et vendus aux enchères, sont insusceptibles d'être affectés hypothécairement.

Que faut-il décider pour les biens habous ? Nous avons vu dans la I^re^ partie que les habous sont, en droit musulman, des biens hors du commerce, inaliénables et par suite insusceptibles d'hypothèque. Gardent-ils ce caractère dans la nouvelle législation et l'art. 233 les vise-t-il lorsqu'il indique que les immeubles hors du commerce ne peuvent faire l'objet d'une telle affectation ?

Il convient, tout d'abord, pour connaître la solution à intervenir, de résoudre une question préjudicielle. La loi foncière qui a organisé certains droits d'origine toute islamique, tels que l'enzel, le droit de chefaâ, ne parle en aucun endroit des bien habous. Quelle interprétation doit-on donner à ce silence ? Est-il volontaire ou le résultat d'un oubli ? Faut-il en conclure que cette matière doit rester

(1) Cpr. art. 2.118 C. civil, loi belge du 16 décembre 1851. Douai 16 déc. 1886. D. 88. 2. 435 S. 88. 2. 115.

étrangère à la loi de 1885, ou faut-il l'y soumettre? Ce point de droit est vivement controversé et la situation qui en découle incertaine et équivoque.

D'après une *première opinion* que la jurisprudence des tribunaux français de Tunisie semble consacrer, le silence du législateur ne peut être interprété dans le sens de l'exclusion de l'application de la loi de 1885 aux biens habous. « Respectueux des droits acquis, le législateur n'a certainement pas voulu supprimer le habous, lorsqu'il a été constitué avant que l'immeuble ait été immatriculé »(1). Ils peuvent donc être soumis à l'immatriculation qui doit être requise pour les habous publics, par l'œuvre pieuse et pour les habous privés par le dévolutaire, quant à l'usufruit et par l'œuvre, quant à la nue propriété. On se base surtout pour soutenir cette opinion sur l'art. 22 (L. F.) qui autorise sans distinguer tout détenteur d'usufruit à requérir l'immatriculation. Le habous immatriculé conservera, d'ailleurs, les mêmes caractères qu'il avait en droit musulman : il est inaliénable et la cause d'inaliénabilité devra être inscrite dans le titre. Mais les charges dont peut être affecté un immeuble étant déterminées par la loi foncière, les partisans de cette opinion reconnaissent qu'un immeuble immatriculé ne peut être haboussé.

D'après une *seconde opinion*, à laquelle nous nous rallions, non seulement on ne peut pas habousser un immeuble immatriculé, mais on ne peut immatriculer un bien haboussé. La thèse précédente ne se concilie pas, en effet, avec les principes de la nouvelle législation, ni avec le Code Civil dont, aux termes de l'art. 2 (L.F.) les dispositions qui ne sont contraires ni à la présente loi, ni au statut personnel ou aux règles de succession des titulaires de droits réels immobiliers, s'appliquent en Tunisie aux immeubles immatriculés et aux droits réels sur ces immeubles. En ad-

(1) TERRAS, thèse pour le doctorat, p. 248.

mettant, en effet, que le habous immatriculé conserve ses caractères primitifs, la première opinion donne ainsi une place à un droit non reconnu par la loi française. D'autre part, l'admission de ces biens à l'immatriculation va à l'encontre du but de la loi de 1885 qui est de donner une base stable à la propriété afin d'assurer la sécurité et l'extension des transactions immobilières. Or, les habous, par leur inaliénabilité, sont une entrave à la circulation des biens et un obstacle au développement de la colonisation. On comprend, dès lors, que le législateur, qui les voit d'un mauvais œil, les ait laissés volontairement en dehors de son examen. Loin de chercher à les réglementer et à leur donner par suite les avantages qui résultent de l'immatriculation, tous ses actes démontrent qu'il s'efforce d'en altérer le caractère absolu et de les rendre, par des subtilités juridiques, plus accessibles aux transactions sociales (1).

Si on se rallie à cette dernière opinion, il n'y a plus lieu de se demander si l'art. 231-1° leur est applicable, puisqu'il ne concerne que les immeubles immatriculés et que les biens habous ne peuvent l'être. Dans le système de la jurisprudence, au contraire, les biens habous gardant leur caractère primitif, il faut décider que l'art. 222 les vise lorsqu'il parle des immeubles hors du commerce.

L'art. 234 (L. F.) déclare que l'hypothèque s'étend aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. La même disposition se retrouve dans le Code Civil et la doctrine et la jurisprudence lui donne la plus large interprétation. Les améliorations naturelles, l'allusion, l'avulsion les relais formés par l'eau courante, les améliorations résultant du travail de l'homme (défrichement et amendement des terres, plantations, adduction d'eau de source)

(1) Ainsi, le décret du 13 novembre 1898 (art. 1 et 2), impose à l'administration des habous de mettre chaque année à la disposition de l'agriculture, en vue de faciliter la colonisation et le peuplement de la Régence, un certain nombre de propriétés habous pour exploitations agricoles.

(Cass. 30 mars 1892. S. 92, 1.500. et sauf controverse, les constructions faites sur les biens hypothéqués. Aix, 26 mars 1885. S. 89. 1. 491), profitent au créancier hypothécaire comme accessoires de l'immeuble grevé. Souffrant des dépréciations que subit l'immeuble, il était juste de décider qu'il bénéficiera des avantages acquis ultérieurement. D'un arrêt du 2 août 1886, il résulte même que le créancier hypothécaire en profite, quelle que soit la personne qui les a fait naître. S. 86. 1. 417.

Nous avons vu que les immeubles par nature et les immeubles par destination sont susceptibles d'hypothèque et entrent dans les termes des art. 433 et 432-1°. La loi foncière dans l'art. 432-2°, 3° et 4° envisage l'hypothèque se rapportant à certains biens incorporels, immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit, l'enzel, l'emphythéose et la superficie.

II° L'usufruit des immeubles pour le temps de sa durée

L'usufruit immobilier est défini par la loi foncière « le droit de jouir d'un immeuble dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (art. 90). Il présente les mêmes caractères, confère les mêmes droits et impose les mêmes obligations que l'usufruit du Code civil français : comme ce dernier, l'art. 433 le déclare susceptible d'une affectation hypothécaire. Il n'en pouvait d'ailleurs être autrement. L'usufruit est, en effet, un droit réel immobilier (art. 13, L. F.) ; de plus il est inaliénable et peut par suite faire l'objet d'une expropriation forcée (art. 287-3° L. F.).

Par la constitution d'un usufruit la propriété est démembrée, désormais il y a deux droits distincts : la nue-propriété qui reste au propriétaire et la jouissance qui appartient à l'usufruitier. Nous avons vu que le propriétaire peut hypo-

théquer la nue-propriété : cette hypothèque est distincte de celle que l'usufruitier établirait sur sa jouissance et réciproquement. Il est utile de remarquer, en outre, que le créancier hypothécaire d'un usufruit n'a aucun droit de préférence sur les fruits perçus ; aussitôt détachés ils entrent dans le patrimoine du débiteur et forment le gage commun des créanciers. Il ne faut pas en effet confondre le droit d'usufruit avec ses avantages, comme on l'a fort bien dit « les fruits se distinguent de l'usufruit comme les intérêts du capital et les arrérages de la rente qui les produit ». Le droit du créancier hypothécaire consiste uniquement à pouvoir saisir immobilièrement l'usufruit, à défaut d'acquittement de la dette à son échéance, et de se faire payer, à son rang, sur le prix d'adjudication.

L'hypothèque qui porte sur un usufruit n'existe que pour le temps de la durée de ce droit : l'extinction de l'usufruit entraîne celle de l'hypothèque. Ce principe n'est cependant pas absolu et il est des causes d'extinction de l'usufruit qui sont sans effet sur la sûreté hypothécaire.

Aux termes de l'art. 127 (L. F.), « l'usufruit peut aussi « cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, « soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le « laissant dépérir, faute d'entretien ». Quel est alors le sort de l'hypothèque ? Le même article y répond : « Les créanciers « de l'usufruitier (hypothécaires ou chirographaires lex non « distinguit) peuvent intervenir dans les contestations pour « la conservation de leurs droits ; ils peuvent offrir la ré- « paration des dégradations commises, et des garanties pour « l'avenir. » Malheureusement la loi foncière ne s'en tient pas là et reproduit la disposition finale de l'art. 618 du Code civil français, source de nombreuses difficultés. « Les juges « peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit ou n'ordonner la « rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui « en est grevé que sous la charge de payer annuellement

« à l'usufruitier ou à ses ayants-cause une somme déter-« minée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser » (art. 127 in fine). La question de savoir à quoi se réduit le droit des créanciers hypothécaires sur l'usufruit dans le cas où le juge en prononcerait l'extinction absolue est très controversée en droit français et peut l'être dans la loi tunisienne qui contient la même disposition.

Dans une première opinion l'on enseigne que la déchéance de l'usufruit pour abus de jouissance ne nuit pas aux créanciers hypothécaires et ne les prive pas de la sûreté spéciale par eux stipulée (1).

On soutient dans un second système que la solution précédente est inconciliable avec le pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 618 Code civil (art. 127 L. F.) et le droit d'intervention reconnu aux créanciers. L'extinction prononcée pour abus de jouissance est *absolue,* dit l'art. 618 C. c. (art. 128 § 3, L. F.) : n'est-ce pas dire par là qu'elle est opposable à tous même aux créanciers hypothécaires? D'ailleurs les travaux préparatoires confirment cette interprétation de l'art. 618 C. c. sur lequel a été copié l'art. 127 de la loi foncière. « Il n'y a non plus aucun doute, dit le tribun Perreau dans son rapport au Corps législatif, que l'usufruitier ne doive perdre son droit par l'abus qu'il en fait, soit en dégradant le fonds, soit en négligeant de l'entretenir; mais il pourrait y en avoir sur le sort des créanciers. On l'a dissipé en permettant aux créanciers d'intervenir pour la conservation de leurs droits, d'offrir la réparation des dommages et de donner une garantie pour l'avenir. Ainsi on a laissé aux juges, selon les circonstances, la faculté de prononcer la cessation absolue de l'usufruit et de ne rendre au propriétaire la jouissance qu'à charge de payer soit à l'usufruitier, soit à ses ayants cause une somme déterminée jusqu'au terme de l'usufruit.» Nous pensons, avec les parti-

(1) AUBRY et RAU, II, p. 518. — LAURENT, XXX, n° 212.

sans de cette opinion, que l'intervention des juges auxquels des pouvoirs très étendus sont reconnus, constitue une garantie suffisante contre les collusions du nu-propriétaire et de l'usufruitier qui abuserait de sa jouissance pour léser ses créanciers hypothécaires. Pour sauvegarder les intérêts des créanciers hypothécaires les Tribunaux pourront d'ailleurs décider que le nu-propriétaire ne recouvrera la jouissance de son bien que sous la réserve des hypothèques (1).

Comme l'abus de jouissance, la renonciation à son droit par l'usufruitier est une cause d'extinction de l'usufruit uniquement dans les rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire (art. 130 L. F.). Elle ne saurait préjudicier aux créanciers chirographaires ou hypothécaires, lex non distinguit. Aux termes de l'art. 131 « les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice. » Et les créanciers en vertu de cet article, ne sont tenus d'apporter qu'une seule preuve ; celle d'un préjudice éprouvé du chef de la renonciation ; il ne leur est pas imposé, comme lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'action paulienne, d'en démontrer le caractère frauduleux. Mais la loi foncière offre aux créanciers hypothécaires un moyen qui leur est propre et leur appartient à l'exclusion des créanciers chirographaires : des art. 342 et 343 (L. F.) combinés il résulte que « tout droit réel relatif à un im-« meuble déjà immatriculé n'existera à l'égard des tiers, « que par le fait et du jour de son inscription sur le titre « par le Conservateur de la Propriété foncière, sans préju-« dice des droits et actions réciproques des parties pour « l'inexécution de leurs conventions » (art. 342). Et d'autre part « tous faits ou conventions ayant pour effet de trans-« mettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel im-

(1) DEMOLOMBE, dist. des biens, II n° 750 — MOURLON *Transc.* n° 536. Cpr. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. Priv. et Hyp., II, n° 926. — DEMANTE, *Cours analyt.*, II, n° 465 *bis*.

« mobilier, d'en changer le titulaire ou de modifier toute « autre condition de son inscription seront, pour être op- « posables aux tiers, constatés par écrit et inscrits sur le « titre par le Conservateur de la Propriété foncière » (art. 343). Il résulte de là que la renonciation à l'usufruit, même inscrite, n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires ayant conservé leur droit par une inscription antérieure, elle n'atteint donc pas l'usufruit qui demeure affecté à leur profit.

Aux termes de l'art. 126 (L. F.) l'usufruit s'éteint par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ; par exemple le nu-propriétaire acquiert l'usufruit ou l'usufruitier la nue-propriété. Il s'opère dès lors une confusion de ces deux droits et en vertu de la règle nemini res sua servit l'usufruit disparaît. Mais cette règle n'est pas applicable dans les rapports de celui qui est plein propriétaire par l'effet de la consolidation et du créancier hypothécaire de l'usufruit. Le raisonnement est le même que dans le cas précédent : l'application des art. 342 et 343 sauvegarde les créanciers hypothécaires.

En résumé, les seules causes d'extinction de l'usufruit qui ont pour conséquence l'anéantissement de l'hypothèque se ramènent à quatre :

1° La mort de l'usufruitier ;

2° L'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

3° Le non-usage du droit pendant vingt ans ;

4° La perte totale de l'immeuble sur lequel l'usufruit est établi.

Nous avons examiné jusqu'à présent l'hypothèse où la propriété est démembrée, c'est-à-dire où l'usufruit et la nue-propriété reposent sur des têtes différentes et la loi décide que l'usufruit est susceptible d'hypothèque. En sera-t-il de même si la propriété n'est pas démembrée, en d'au-

tres termes, un propriétaire a-t-il le droit, et la question se pose en droit français comme dans la loi foncière, au lieu d'affecter hypothécairement la pleine propriété, de n'en grever que l'usufruit? Remarquons tout d'abord que la question se présente fort peu en pratique : le propriétaire trouve un crédit plus étendu en hypothéquant la pleine propriété que l'usufruit puisque, dans ce dernier cas, la garantie a une base fragile. Sur cette question les auteurs sont divisés : d'après une opinion, qui nous semble fondée, le propriétaire pouvant aliéner l'usufruit peut l'hypothéquer, qui peut le plus peut le moins (1). Pour d'autres auteurs (2) l'usufruit étant aux termes de la loi « le droit de jouir d'un immeuble dont un autre a la pro- « priété » (art. 90), nul ne peut en avoir un sur son fonds ni par suite l'hypothéquer. Certes il est aliénable, mais dans ce cas le droit se détache et se fixe sur une autre tête, tandis que dans le cas où l'on a la pleine propriété d'une chose, l'usufruit ne se distingue pas de la nue-propriété.

3° L'enzel

L'enzel, convention particulière du droit musulman tunisien, est, ainsi que nous l'avons vu dans la première partie, défini de diverses manières par les auteurs et la jurisprudence. Les uns n'y voient qu' « un bail perpétuel d'un immeuble moyennant une redevance fixe » et l'immeuble qui en était grevé demeurait par suite la propriété du crédi-rentier. D'autres le considèrent « comme une vente définitive moyennant une rente perpétuelle » et enfin, d'après la jurisprudence la plus récente, « il constitue un « démembrement de la propriété qui consiste dans la sé- « paration du domaine utile et du domaine éminent et

(1) TROPLONG, II, n. 400, note 3. PONT, I, n. 381. LAURENT, XXX, n. 211.

(2) MARTOU II n. 735. AUBRY & RAU III p. 125 § 259 note 6. Civ. Cass, 12 av. 1736 S. 36.1.366. J. C. v° Priv. et H. n. 735.

« dans l'aliénation du premier moyennant le paiement « d'une rente perpétuelle. »

La loi foncière a réglementé ce contrat, fort en honneur dans la pratique tunisienne et en a déterminé le caractère en lui attribuant un effet translatif de propriété. Elle définit l'enzel sur les immeubles immatriculés, les seuls dont elle ait à se préoccuper, « une propriété foncière grevée d'une rente perpétuelle « (art. 83, L. F.) et reconnaît les deux droits réels immobiliers qui découlent de cette convention : la propriété grevée (l'enzel) et la rente de l'enzel, c'est-à-dire le droit aux arrérages (art. 13).

La distinction de ces deux droits est particulièrement utile au point de vue des principes qui leur sont respectivement applicables en matière hypothécaire.

L'enzéliste (débi-rentier) a l'abusus, l'usus et le fructus ; les actes de maître qu'il accomplit sur l'immeuble ne sont point soumis au contrôle, ni subordonnés à l'acquiescement du crédi-rentier, ainsi que le décidait une ancienne jurisprudence pour les immeubles non immatriculés. (Tunis, 10 mars 1884. J. T. F. 1893) : en un mot, il est un véritable propriétaire. Il s'ensuit que la propriété enzelée peut être aliénée, saisie immobilièrement et par suite être affectée hypothécairement : c'est ce qui résulte, d'ailleurs, des art. 233 et 287. Le créancier hypothécaire d'un immeuble grevé d'enzel a le droit, en cas d'insolvabilité du débiteur, d'en poursuivre l'expropriation forcée. Remarquons ici, nous reviendrons sur ce point en détail, que la loi foncière accorde au crédi-rentier un privilège pour le paiement des arrérages échus et non payés en vertu duquel, s'il s'est inscrit en temps opportun, il prime les créanciers hypothécaires (art. 228, 229-3°. L. F.)

La rente de l'enzel ou droit aux arrérages, est un droit réel immobilier (art. 13. L. F.) ; elle constitue un élément du patrimoine du crédi-rentier tout comme un droit d'usufruit, d'emphythéose, de superficie. Aussi, la loi du 1er juil-

let 1885 la déclarait-elle, comme ces derniers, susceptibles d'une expropriation forcée et d'une charge hypothécaire. A défaut d'acquittement de la dette à son échéance, le créancier à qui une telle garantie a été consentie pouvait saisir immobilièrement la rente et être désintéressé sur le prix de la vente.

La loi du 16 mars 1892 (16 châbanne 1309), modificative de la loi du 1er juillet 1885, ne mentionne plus la rente de de l'enzel dans les art. 233 et 287, énumérant l'un, les biens susceptibles d'hypothèques, l'autre les droits dont le créancier peut poursuivre l'expropriation forcée. Que faut-il conclure de ce silence? Nous pensons que la suppression est volontaire, bien qu'on ne se rende pas compte des motifs qui l'ont déterminée. On pourrait objecter que dans les art. 233 et 287, la loi a compris sous la dénomination d'enzel, à la fois la tenure et la rente. Cette opinion serait satisfaisante et comblerait la lacune résultant de ce que nous croyons être l'interprétation légale, si elle ne prêtait au législateur une confusion dont on ne trouverait nulle part la preuve. Ainsi, dans l'indication des droits réels immobiliers (art 13), il est énuméré distinctement l'enzel et la rente; il en est également ainsi dans la détermination des biens sur lesquels l'usufruit peut être établi et dans bien d'autres dispositions. Une confusion serait d'autant moins vraisemblable que l'ancien texte ne la contenait pas : la suppression d'un terme de cet article aurait-elle pour but de la créer?

Quels que soient les inconvénients qui résultent de notre interprétation et quoiqu'il soit difficile d'expliquer cette atteinte portée au droit du crédi-rentier, il est hors de doute que la rente de l'enzel est insusceptible d'hypothèque et d'expropriation sous l'empire de la loi modificative du 1er juillet 1892.

4° L'emphytéose pour le temps de sa durée

Le Code civil français ne contient aucune disposition relative à l'emphytéose. Aussi, sous son empire, l'existence de ce droit est-elle sérieusement contestée et l'on discute encore de nos jours sur le point de savoir s'il peut être valablement constitué et produire les effets que le droit romain et l'ancien droit y attachaient. Une telle hésitation n'est pas possible sous l'empire de la loi du 1er juillet 1885 qui a tranché la difficulté pour la Tunisie et admis l'emphytéose au nombre des droits réels immobiliers. Elle a, ainsi, comblé la lacune qui se trouve dans le Code civil et consacré législativement une institution qui se rencontrait déjà en germe et d'une manière imprécise dans la coutume locale. Les art. 146 et 149 de cette loi réglementent l'emphytéose créée sur un immeuble immatriculé : ils ont été puisés dans les dispositions de la loi belge du 10 janvier 1824. Et, comme celle-ci, la loi foncière la classe au rang des biens susceptibles d'hypothèques (art. 233).

Que peut hypothéquer l'emphytéote et pour quelle durée peut-il constituer une hypothèque, telles sont les questions que nous avons à examiner. Mais il est nécessaire, le Code civil ne nous étant d'aucun secours sur ce point, d'étudier préalablement l'organisation de l'emphytéose, ses caractères et ses effets d'après la loi du 1er juillet 1885.

L'emphytéose est une espèce de bail à long terme. Elle ne pourra être établie, dit l'art 147, que pour une durée d'au moins vingt-ans (1) et jamais au delà de quatre-vingt-dix-neuf ans. L'art. 146 (L.F.) la définit en ces termes : « l'em-« phytéose est un droit réel immobilier qui consiste à avoir « la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui « sous la condition de lui payer une redevance annuelle

(1) D'après l'art. 2 de la loi belge du 1er janvier 1824, elle ne pourra être établie pour un terme excédant 99 ans et au dessous de 27 ans.

« soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son « droit de propriété ». Cette définition indique les caractères qui distinguent l'emphytéose du bail ordinaire. Certes dans l'un et l'autre de ces contrats, entre lesquels règne une grande analogie, le locataire et l'emphytéote sont astreints au payement d'un loyer, la durée de la location peut être la même sous les réserves de l'art. 147; mais, ainsi que le fait ressortir l'art 146, l'emphytéose engendre un droit réel alors que le bail ordinaire crée uniquement un simple droit de créance : la différence est capitale et constitue la base juridique de la distinction (1). Ainsi l'emphytéose produit un droit réel dans l'immeuble qui en est grevé; il s'agit maintenant de fixer la nature de ce droit : est-il simplement un droit de jouissance du fonds ou bien implique-t-il un partage de la propriété entre le constituant et l'emphytéote à qui appartiendrait le domaine utile?

Dans le système de la loi foncière, le fonds demeure la propriété du constituant et sa propriété exclusive, tout comme dans le cas de constitution d'un usufruit ou d'une hypothèque. Cela résulte de la définition même donnée par l'art. 146 dans laquelle le droit de l'emphytéote est, à deux reprises différentes, opposé à celui du bailleur. L'emphytéose, y est-il dit, consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble APPARTENANT A AUTRUI sous la condition de lui payer une redevance annuelle EN RECONNAISSANCE DE SON DROIT DE PROPRIÉTÉ. On ne saurait être plus affirmatif. Certes l'emphytéote, aux termes de l'art. 148, exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds, mais l'article a ajouté aussi qu'il ne peut rien faire pour en diminuer la valeur : cette restriction vient à l'appui de notre thèse et démontre qu'il n'a pas cet attribut essentiel du droit de

(1) Engendrant un droit réel, l'acte constitutif d'emphytéose devra, pour être opposable aux tiers, être inscrit sur le titre de propriété par le conservateur (arg. art. 343). Les baux ordinaires ne sont soumis à l'inscription que s'ils excèdent une année (art. 17).

propriété, l'abusus. L'emphytéote ne peut donc pas disposer de la propriété du fonds, l'hypothéquer, l'aliéner à titre gratuit ou onéreux : ce qu'il peut aliéner ou hypothéquer ce n'est pas le fonds emphytéotique mais, comme le dit on ne peut plus clairement l'art. 148, SON DROIT D'EMPHYTÉOSE.

La durée de l'hypothèque constituée par l'emphytéote ne peut pas excéder la durée de l'emphytéose elle-même : c'est ce que déclare l'art. 233 de la loi foncière : « sont seuls susceptibles d'hypothèque. »..... *4° l'emphytéose pour le temps de sa durée.*

Les causes d'extinction de l'emphytéose atteignent, par contre-coup, l'hypothèque conférée sur ce droit. L'emphytéose s'éteint : 1° par l'expiration du temps auquel la jouissance a été limitée ; 2° par la destruction du fonds ; 3° par la confusion (art. 147 et 149).

Les deux premières causes d'extinction entraînent l'extinction de l'hypothèque. En ce qui concerne la troisième, une réserve doit être faite : la réunion sur la même tête des deux qualités de propriétaire et d'emphytéote ne saurait préjudicier aux droits des créanciers hypothécaires qui les ont conservés par une inscription antérieure à la confusion.

5° La Superficie

Les règles relatives au droit de superficie ont été empruntées à la loi belge du 10 janvier 1824 : le législateur tunisien a ainsi formulé des textes précis pour un mode de propriété consacré par les coutumes locales les plus anciennes.

Aux termes de l'art. 150 le droit de superficie « est un droit réel immobilier qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui ». Le mot « avoir », employé par cette disposition, n'indique que très vaguement la nature du droit du superficiaire : devient-il propriétaire des bâtiments qu'il construit sur le

fonds du constituant ou n'y a-t-il qu'un droit de jouissance ? Une semblable difficulté se rencontre dans le droit français. D'après une première opinion la superficie a pour effet de créer deux propriétés distinctes et superposées : le constituant est propriétaire du dessous et le superficiaire de tout ce qui, par application de son droit, a été élevé au dessus du sol. Ce dernier a par suite le droit d'hypothéquer la superficie comme le propriétaire a la faculté de grever le tréfonds. (1) Dans un autre système (2), qui se réclame de la tradition, le superficiaire n'a pas la propriété des bâtiments et des plantations qui sont un accessoire du sol et comme tel appartiennent au propriétaire du fonds. Telle était la solution en droit romain et l'on conclut dans cette doctrine que le superficiaire ne peut pas hypothéquer la superficie c'est-à-dire les bâtiments et autres ouvrages, n'en étant pas propriétaire : ce qu'il est en son pouvoir d'affecter hypothécairement c'est uniquement *son droit de superficie* qu'il ne faut pas confondre avec la superficie elle-même.

La loi du 1er juillet 1885 a consacré, croyons-nous, cette dernière opinion; l'art. 151, en effet, est rédigé d'une manière telle qu'aucune équivoque ne doit subsister. « Celui qui a le DROIT de superficie peut toujours L'ALIÉNER et L'HYPOTHÉQUER ». L'hypothèque que constituerait le superficiaire portera, par conséquent, sur son droit d'avoir des bâtiments et autres ouvrages, non sur ces derniers.

La loi foncière qui déclare l'emphytéose essentiellement temporaire ne contient aucune disposition semblable relative au droit de superficie (3) ; il faut en conclure, à notre avis, qu'il est perpétuel à moins de convention contraire.

(1) TROPLONG, Louage, I, n. 30. — AUBRY et RAU, II, p. 438, § 223-2°, III, p. 125, § 259. — PONT, I. n. 391. — MASSÉ et VERGÉ, sur Zacharie, V. 127. § 788, n. 5.

(2) LAURENT ; Principes du Code Civil français VIII n° 409.

(3) En droit belge le droit de superficie est un droit temporaire : il ne peut être établi pour un terme excédant cinquante années (art. 4.).

Au reste le droit s'éteindra par la destruction du fonds (art. 152) et cette cause d'extinction atteindra par contrecoup l'hypothèque. Pour ce qui est de la confusion, qui est une autre cause d'extinction de la superficie, nous ferons remarquer, comme nous l'avons fait pour l'usufruit et l'emphytéose, qu'elle ne saurait préjudicier aux créanciers au profit desquels le droit de superficie a été affecté hypothécairement.

L'art. 213 est, avons-nous dit au début, essentiellement limitatif : le caractère d'ordre public de cette disposition légale ainsi que son texte (sont seuls) confirment ce principe. On doit donc décider que tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, sont insusceptibles d'hypothèque, s'ils ne rentrent pas dans les termes de cet article alors même que l'ancien droit tunisien en déciderait autrement. Examinons quelques applications de cette règle.

L'usage et l'habitation sont dans la loi foncière, comme en droit français, un usufruit restreint et présentent des analogies marquées avec ce droit. D'après l'art. 134(L. F.) ils s'établissent et se perpétuent de la même manière et l'on ne peut en jouir sans donner préalablement caution. L'existence de ces points communs ne conduit pas, cependant, à les soumettre à toutes les particularités de l'usufruit. A la différence de ce dernier ils sont insusceptibles d'une affectation hypothécaire : il résulte en effet des art. 140 et 143(L. F.)que l'usage et l'habitation ne peuvent être cédés ni loués et qu'ils se restreignent aux besoins exclusifs du bénéficiaire et de sa famille (1). Ils ne peuvent donc pas faire l'objet d'une expropriation forcée ni par conséquent être hypothéqués.

Comme le Code Civil la loi du 1er juillet 1885 définit la

(1) V. sur cette question Aubry et Rau III, p. 126. § 259. — Laurent XXX n. 213. — Colmet de Santerre IX n. 78 *bis*. III. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. Priv. et Hyp. II n. 927.

servitude une charge imposée sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un immeuble appartenant à un autre propriétaire. Elle constitue un droit réel immobilier mais n'est pas comprise dans l'énumération limitative des biens susceptibles d'hypothèque : elle ne peut donc en être affectée, du moins principaliter, c'est-à-dire indépendamment du fonds pour l'utilité duquel elle a été consentie (1).

(1) Voir sur le principe AUBRY et RAU III p. 126. § 259. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. Priv. et Hyp. II. n. 928. — DURANTON XIX n. 269. — TROPLONG II n. 401 s.

CHAPITRE II

DES DIVERSES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUES

Aux termes de l'art. 238 (L. F.) l'hypothèque est *volontaire* ou *forcée*. Sous l'empire de la nouvelle loi, l'hypothèque ne peut donc revêtir un autre caractère et doit nécessairement émaner de la volonté de l'homme ou d'une décision de justice consacrant une disposition légale qui la stipule.

La loi tunisienne a aboli l'hypothèque judiciaire. Ce n'était pas là, il faut le remarquer, une conséquence des principes nouveaux. On aurait pu la modifier et la réduire par l'application de la règle de la spécialité, mais il a paru préférable de supprimer une institution dangereuse pour le crédit qui établit, au profit du créancier le plus diligent, une injuste inégalité et dont l'abolition, admise par beaucoup de législations (1), est depuis longtemps réclamée en France (2).

(1) V. notre deuxième partie, Allemagne, Espagne, Italie.
(2) V. Rapport CAMBON, XV.

A. — DES HYPOTHÈQUES FORCÉES

Le code civil français établit au profit de certaines personnes, à raison de leur incapacité et de leur état de dépendance, une hypothèque légale qui existe de plein droit c'est-à-dire indépendamment de toute stipulation et de toute publicité, par le seul accomplissement des circonstances qui constituent pour ces personnes la source de leur incapacité (mariage, tutelle). Est légale, en d'autres termes, toute hypothèque qui naît sans aucune expression de volonté manifestée soit par le créancier, soit par le débiteur mais par le seul effet de la loi.

La loi foncière, qui adopte le principe du Real Property Act d'après lequel, d'une manière absolue, la propriété et les droits réels n'existent à l'égard des tiers que par l'inscription, ne pouvait maintenir les hypothèques légales ainsi constituées. Elle y substitue un système d'hypothèques, dites forcées, en harmonie parfaite avec son organisation générale et l'étend à certaines créances auxquelles le code civil attache un privilège. La nouvelle dénomination a le double mérite d'indiquer par elle-même la nature de la garantie qu'elle qualifie et d'introduire dans la langue du droit une terminologie faisant ressortir très heureusement les différences entre les hypothèques forcées et les hypothèques légales du droit français.

L'hypothèque forcée de la loi foncière peut se définir le droit accordé à certaines personnes de demander et d'obtenir par voie de justice, sans la nécessité de l'acquiescement du débiteur, une hypothèque spéciale sur des biens immatriculés, susceptibles d'une affectation hypothécaire.

Elle peut être acquise :

1° Aux mineurs et aux interdits sur les immeubles des tuteurs et de leurs cautions ;

2° A la femme sur les immeubles de son mari pour sa dot, ses droits matrimoniaux, l'indemnité des obligations du mari dont elle est tenue et le remploi du prix de ses biens aliénés;

3° Au vendeur, à l'échangiste ou au copartageant sur l'immeuble vendu, échangé ou partagé quand il n'a pas été réservé d'hypothèque conventionnelle pour le payement du prix ou de la soulte d'échange ou de partage (art. 239 L. F.)

Plusieurs règles sont communes à ces trois espèces d'hypothèques forcées. En premier lieu, elles sont toutes susceptibles d'affecter la forme de l'hypothèque volontaire : si le tuteur consent sur ses biens une hypothèque telle qu'elle est proposée par le conseil de famille, si le mari admet l'indication de l'hypothèque dans le contrat de mariage, si l'acheteur ou le copartageant, débiteur de la soulte, reconnaissent dans le contrat de vente ou dans l'acte de partage une hypothèque au profit du vendeur ou du copartageant créancier, cette hypothèque acquise du consentement du débiteur se suffit à elle-même. Le recours en justice n'est, en effet, qu'un moyen subsidiaire offert par la loi au mineur, à la femme mariée, au vendeur, à l'échangiste, au copartageant pour vaincre la résistance du débiteur : à quoi bon exiger une hypothèque forcée si l'hypothèque volontairement reconnue protège efficacement les intérêts en cause ?

Lorsque l'intervention judiciaire se trouve être inévitable, l'art. 249 (L. F.) permet aux bénéficiaires de l'hypothèque forcée d'inscrire celle-ci provisoirement, au moyen d'une prénotation autorisée par le président du Tribunal : cette prénotation sauvegardera leurs droits, que le jugement à intervenir a pour effet de consacrer contre les actes préjuciables consentis par le débiteur intra tempus.

Les hypothèques forcées, comme les hypothèques volon-

taires, sont soumises indistinctement à la double règle de la publicité et de la spécialité. La loi foncière n'admet pas les hypothèques occultes « signalées depuis longtemps par d'excellents esprits comme incompatibles avec un bon régime hypothécaire ; en les faisant disparaître la loi se borne à suivre un exemple donné par plusieurs législations contemporaines qui ont revisé notre code civil. Les hypothèques générales ne pouvaient davantage se concilier avec le système nouveau, son principe même exigeant que toute hypothèque fût spécialisée. La loi nouvelle consacre sans aucune restriction la règle de la spécialité (Rapport de M. Cambon, p. XIV-XX). L'inscription seule fixe le rang de l'hypothèque forcée qui doit avoir été préalablement spécialisée quant à la créance et quant au gage hypothécaire.

En ce qui concerne particulièrement les hypothèques forcées de la femme, du mineur et de l'interdit, la loi autorise le mari ou le tuteur à remplacer la constitution d'hypothèque par la constitution d'un gage mobilier ou d'une caution. Aux termes de l'art. 245 (L. F.) « le mari ou le tuteur pourra toujours être dispensé de l'hypothèque en constituant un gage mobilier ou une caution, lorsque cette substitution sera reconnue suffisante par une décision de justice ». Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et nous croyons qu'il pourra même autoriser le débiteur, tuteur ou mari, à substituer à l'hypothèque une garantie équivalente au gage ou à la caution, par exemple le dépôt d'une certaine somme d'argent. Il ne faut pas, en effet, prendre le texte au pied de la lettre, le mot *gage* ayant dans la langue du droit un sens très général. Notre interprétation est, d'ailleurs, conforme à l'esprit de la loi dont la seule préoccupation consiste à assurer une protection suffisante des intérêts de l'incapable. Or, qu'importe la nature de la garantie offerte en remplacement de l'hypothèque, si elle remplit le vœu de la loi ?

La caution, dont il s'agit dans l'art. 245, est une *caution personnelle* c'est-à-dire une tierce personne qui se soumet envers le créancier, mineur ou femme, à exécuter les obligations du tuteur ou du mari, si ces derniers n'y satisfont pas eux-mêmes, sur tous ses biens, meubles ou immeubles. A l'hypothèque, sûreté réelle, l'art. 245 permet donc la substitution d'une sûreté personnelle dont le tribunal devra nécessairement apprécier la valeur.

Mais, il faut le remarquer, cette intervention de la justice ne concerne pas le cas prévu par la fin du *primo* de l'art. 239 qui donne aux mineurs et interdits le droit à une hypothèque forcée sur les immeubles des tuteurs et de *leurs cautions*. Par ces derniers termes l'art. 239-1° fait allusion non comme l'art. 245 à la caution personnelle mais à la caution *réelle*, c'est-à-dire à la tierce personne qui affecte hypothécairement ses biens pour la garantie des obligations d'autrui sans s'engager personnellement à leur acquittement : c'est le bien qui répond et non celui qui l'a grevé, res non persona debet. C'est au conseil de famille qu'il appartient, dans ce cas, d'apprécier, conformément aux art. 240 et 241 (L. F.), la valeur du gage offert par la caution réelle et non au Tribunal comme dans le cas de l'art. 245. Ainsi se concilient les dispositions des art. 239-1°-240, 241 (L. F.) et celles de l'art. 245 (L.F).

Avant de passer à l'examen particulier de chaque cas d'hypothèque forcée, il convient d'indiquer une question importante relative aux hypothèques de la femme mariée, du mineur et de l'interdit. Toute personne qui se trouve dans cet état d'incapacité peut-elle exiger une hypothèque forcée en Tunisie par le seul fait qu'elle y demeure et quelles que soient à cet égard les prescriptions de sa loi nationale? L'hypothèque des incapables, en d'autres termes, relève-t-elle du statut personnel ou du statut réel ? Il y a controverse sur ce point, mais, avec la grande majorité des

auteurs (1), nous croyons que l'hypothèque forcée (légale) se rattache intimement comme le mariage ou la tutelle, dont elle est un effet, au statut personnel de l'individu et que, par conséquent celui-ci ne pourra l'obtenir par voie de justice qu'autant que sa loi nationale la lui accorde. Il ne suffit pas, en un mot, que la loi de la situation des biens admette cette garantie, il est essentiel que la loi personnelle de la femme ou du mineur la sanctionne également. Par application de ce principe, nous reconnaîtrons le droit à l'obtention d'une hypothèque forcée à la femme de nationalité française, espagnole, italienne, etc., mais nous le dénions à la femme néerlandaise, allemande, à la femme musulmane tunisienne, leur statut personnel ne leur attribuant pas une semblable garantie : il doit en être décidé différemment pour la femme israélite indigène ou protégée qui, comme nous l'avons fait remarquer dans notre première partie (1), puise, dans son statut personnel, le droit à l'hypothèque légale.

Dans notre étude nous nous placerons, pour déterminer les questions qui se rattachent à la loi nationale du contractant, au point de vue spécial de la femme, du mineur et de l'interdit *français* qui ont droit, d'après le Code Civil, à une hypothèque légale et par conséquent en Tunisie, à la garantie correspondante : l'hypothèque forcée.

§ I^er^. — Hypothèque forcée des mineurs et interdits

La plupart des législations modernes accordent aux mineurs et interdits une garantie contre leur tuteur pour les droits qui résultent à leur profit de la gestion tutélaire.

(1) Demangeat, sur *Fœlix*, t. 1, p. 151, note 4. — Weiss, *Précis*, p. 418, 518 et 617; *Traité*, t. 2, p. 213 et t. 3, p. 339 et 570. — Contra Merlin, *Rép.* v° *Remploi*, 52, n. 9. — Troplong, t. 2, n° 513 *ter*. — Raynal, conclusions dans S. 62. 1. 613. — Cpr. Grenoble, 19 juillet 1849. S. 50. 2. 231. — D. P. 51. 2. 10. — Alger, 21 mars 1860. S. 61. 1. 303.

(1) V. Première partie p. 40.

Cette mesure de protection est fondée en raison : comme le disent fort bien MM. Baudry-Lancantinerie et de Loynes « celui qui confie librement la gestion de son patrimoine à un administrateur de son choix, peut stipuler telles garanties qu'il juge à propos. Telle n'est pas la situation du mineur et de l'interdit à l'égard de leur tuteur. D'une part, le tuteur leur est imposé par la loi ou en vertu de ses dispositions. D'autre part, ils sont présumés incapables de veiller eux-mêmes à leurs intérêts. La loi, en organisant l'administration de leur patrimoine, devait donc prendre toutes le garanties nécessitées par les circonstances. » C'est ce qu'a fait la loi foncière en instituant une hypothèque à leur avantage.

Ont une hypothèque forcée, dit l'art. 239-1°, les mineurs et les interdits, sur les immeubles des tuteurs et de leurs cautions. Cette hypothèque, dite forcée, parcequ'elle peut être imposée au tuteur par une décision judiciaire, appartient uniquement aux *mineurs et aux interdits :* la personne pouvue d'un conseil judiciaire ne pourrait donc pas la demander, ni le mineur émancipé qui n'a qu'une action personnelle contre son curateur (1). Tout *tuteur* est soumis à l'hypothèque sans qu'il y ait lieu de distinguer entre la tutelle testamentaire, légale ou dative, ni d'autre part, entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire (2) lex non distinguit. L'hypothèque peut être obtenue sur les immeuble du *protuteur* qui n'est qu'un tuteur pour certains biens du mineur : elle ne saurait grever cependant ceux du subrogé-tuteur, alors même que ce dernier aurait à accomplir des actes à la place du tuteur, comme dans le

(1) V. sur le principe, COLMET DE SANTERRE, IX, n° 82 *bis* IV. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n. 1175, s. — TROPLONG, II, n° 423. — DURANTON, XIX, n° 314. — Montpelier, 14 janvier 1823. S. 23, 2. 232. — Cass., 27 avril 1824. S. 24, 1. 268.

(2) V. sur le principe. Pau, 19 août 1850. S. 50, 2, 587. — AUBRY et RAU, t. 3, § 264 *bis*, p. 208. — Alger, 28 juin 1875. S. 77, 2, 319.

cas de conflit entre les intérêts de ce dernier et ceux du mineur.

L'art. 239 (L.F.), qui énumère les créances pour lesquelles l'hypothèque forcée de la femme, du vendeur, de l'échangiste et du copartageant peut être demandée, ne détermine pas celles que l'hypothèque forcée du mineur sera appeléé à garantir. Ce silence doit, croyons-nous, être interprété dans le sens le plus large : cette sûreté pourra s'appliquer à l'acquittement de toutes les obligations du tuteur envers le mineur tanquam minor. Ces éléments formeront le principe sur la base duquel sera effectuée la spécialisation de la somme pour laquelle l'inscription sera prise (1). Par application de cette règle, le Conseil de famille demandera, s'il y a lieu, une hypothèque forcée pour assurer la conservation de la fortune du mineur, le recouvrement de toutes les sommes que le tuteur aurait à toucher pour le compte du pupille, le payement des indemnités et des dommages-intérêts dont le tuteur se trouverait comptable envers le mineur à la suite d'une mauvaise gestion : quant aux dettes du tuteur envers le mineur, antérieures à l'entrée en tutelle, il est décidé généralement en droit français (2), que l'hypothèque pourra être requise pour en garantir l'acquittement, lorsque leur exigibilité se place pendant le cours de la tutelle car, dans cette hypothèse, le tuteur devra se les payer à lui-même *tanquam tutor* au profit du mineur.

(1) V. sur le principe et cpr. LAURENT, XXX, n° 272. — BAUDRY-LACANTINERIE, et DE LOYNES, t, II, n° 1189. — TROPLONG, n° 427. Toulouse, 18 décembre 1826. D. P. 27, 2, 173. — Bourges, 28 avril 1838. D. P 39, 2, 273. — Pau, 19 août 1850. S. 50, 2. 587. — Cass. 23 décembre 1856. S. 57, 1. 845. — D. P. 57. 1. 205. — Cass. 22 janvier 1896. Bull. cass. civ. n° 9.

(2) AUBRY et RAU, t. 3, § 264 *bis*. p. 212. — LAURENT, XXX, n° 273. — BAUDRY-LACANTINERIE, et DE LOYNES, II. n° 1189. — Paris, 26 mars 1836. S. 36. 2. 259. — Toulouse, 2 décembre 1896. *Gazette-Palais*, des 14-15 mars 1897. Cass. 29 juillet 1895. S. 97. 1. 38. D. P. 96. 1. 107.

En droit français, comme nous l'avons exposé dans notre deuxième partie, l'hypothèque légale du mineur est générale (art. 2122 C. C) : tous les immeubles appartenant au tuteur, lors de l'entrée en fonctions, ceux acquis pendant le cours de la tutelle et même après sa cessation, en sont grevés de plein droit. La loi foncière a fait de l'hypothèque du mineur, une hypothèque spéciale et, dans un certain sens général. Elle est *générale*, puisque tous les immeubles du débiteur peuvent, sous certaines conditions, en être affectés (arg. art 239-1°, des mots sur les *immeubles*) ; elle est *spéciale* du moment que les art. 240 et suivants imposent au Conseil de famille de déterminer les biens sur lesquels elle portera. Il semble que l'hypothèque ne peut être à la fois générale et spéciale, qu'il y, a par suite, une contradiction flagrante dans la loi. Les art. 237-1° et 240 (L. F.) se concilient parfaitement la contradiction n'en étant qu'apparente ; combinés, ils doivent être interprétés en ce sens, que si tous les immeubles du tuteur peuvent être grevés de l'hypothèque, cette affectation n'a lieu, et c'est là la spécialité de cette garantie, que par une détermination du Conseil de famille et par une inscription particulière sur chacun d'eux. On voit donc que le caractère de généralité de l'hypothèque forcée ne produit guère les mêmes effets que celui de l'hypothèque légale du Code Civil qui frappe, sans aucune indication, les biens présents et à venir du débiteur. On peut même dire que l'hypothèque forcée de la loi foncière est toujours spéciale : en décidant, par exemple, que tous les immeubles dont le tuteur est propriétaire lors de l'entrée en tutelle seront grevés de l'hypothèque, le conseil de famille la spécialise puisque, contrairement au principe de généralité du droit français, les biens acquis par lui postérieurement demeureront soustraits à ses effets, tant qu'une nouvelle spécialisation n'aura pas été effectuée.

« A l'ouverture d'une tutelle ou d'une interdiction, le « Conseil de famille désigne contradictoirement avec le « tuteur, ceux de ses immeubles qui seront grevés d'hypo- « thèque et fixe la somme pour laquelle l'inscription sera « prise (art. 240. L. F.) » C'est au conseil de famille, chargé de protéger les intérêts généraux de l'incapable, qu'incombe l'obligation d'effectuer la spécialisation quant au gage hypothécaire et quant à la créance garantie. La même disposition se rencontre dans le Code italien et dans la loi Belge.

Mais qui convoquera le Conseil de famille? La loi foncière n'en dit rien et à juste raison, la solution de cette question se rattachant au statut personnel. Pour le cas où le mineur est Français, il y a lieu, croyons-nous, de se reporter à l'art. 406 du Code Civil, aux termes duquel : « Ce « Conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la dili- « gence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres « parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite « du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne « pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu « à la nomination du tuteur. » Dans le cas où la tutelle est celle des père et mère ou des ascendants, la solution est plus simple : l'art. 421 C. C. impose, en effet, au tuteur, avant d'entrer en fonctions, de faire convoquer un conseil de famille pour la nomination d'un subrogé-tuteur : ce sera ce Conseil qui accomplira les mesures prescrites par l'art. 240 (L. F.). Quant à sa composition, elle est déterminée par les art. 407 à 411 du Code Civil. Si le mineur est étranger, il faut se référer, pour la solution de ces divers points, aux réglementations de sa loi nationale.

La spécialisation aura lieu, dit l'art. 240 précité « à l'ouverture de la tutelle » ; la loi belge emploie des termes plus énergiques : elle exige qu'elle soit effectuée « avant l'entrée en exercice de toute tutelle » (art. 49, loi du 16 décembre 1851) et attache une sanction à cette prescription en décidant que : « si le tuteur s'ingère dans la gestion avant que

« cette formalité ait été remplie, le Conseil de famille pourra « lui retirer la tutelle (art. 52) ».

La désignation des immeubles grevés d'hypothèque et de la somme pour laquelle l'inscription sera prise, doit être faite par le Conseil de famille, *le tuteur entendu;* c'est ce qui résulte de l'art. 240 (L. F.). L'audition du tuteur s'impose : il s'agit en effet de prendre une mesure qui touche à ses intérêts et de nature à atteindre son crédit; sa présence au sein du Conseil de famille, d'autre part, est utile au mineur, puisqu'elle facilite l'entente entre le tuteur et le Conseil de famille, entente dont le moindre avantage est d'éviter le recours en justice, pour l'homologation de la délibération, et ses conséquences pécuniaires. La délibération du Conseil de famille prise, hors la présence du tuteur, n'est pas nulle, à notre avis, mais elle ne lui sera opposable qu'autant qu'elle aura fait l'objet d'une instance en homologation où le tuteur peut, d'ailleurs, intervenir pour la sauvegarde de ses intérêts (arg. art. 242 (L. F.)

La spécialisation de l'hypothèque forcée du mineur et de l'interdit comprendra celle du gage hypothécaire et celle du montant de la créance garantie. La désignation du premier s'effectuera d'après les conditions déterminées pour l'hypothèque volontaire dans l'art. 255 (L. F.). « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable et pouvant en conséquence être inscrite que celle qui, soit dans le titre constitutif de la créance, soit dans un titre postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles, actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l''hypothèque de la créance ». La fixation de la somme pour laquelle l'inscription sera prise sera faite conformément à l'art. 257 (L. F.) « L'hypothèque conventionnelle n'est valable, et ne peut en conséquence être inscrite, qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte ».

La tâche du conseil de famille, chargé de la spécialisation,

n'est pas exempte de difficultés : comment déterminer, en effet, à l'ouverture d'une tutelle, le montant des obligations dont le tuteur sera redevable vis-à-vis du mineur à la fin de la gestion tutélaire et que garantira l'hypothèque ? La fortune du mineur permettra, certes, de fixer approximativement l'étendue des garanties hypothécaires nécessaires mais il est fort possible que, durant la tutelle, le patrimoine du mineur vienne à s'augmenter par suite de successions ou de donations. La loi foncière a résolu la difficulté en permettant au conseil de famille d'exiger au cours de la tutelle de nouvelles sûretés si celles déjà constituées deviennent insuffisantes.

Mais, étant donné le silence de la loi, faut-il accorder au conseil de famille la faculté de décider qu'il ne sera pris aucune garantie à raison de l'honorabilité et de l'état de fortune du tuteur? Nous ne le croyons pas : l'affirmative conduit en fait à autoriser la renonciation à l'hypothèque du mineur ; le conseil, qui prendrait une telle décision, reviendrait difficilement sur elle et le droit à l'hypothèque n'existerait plus que théoriquement puisque la spécialisation constitue la base de l'inscription, condition essentielle pour rendre l'hypothèque opposable aux tiers. Le conseil de famille, d'autre part, dans le but d'être agréable au tuteur pour lequel l'inscription de l'hypothèque est une marque de défiance, serait enclin à en décider la renonciation et la clause de dispense deviendrait de style : à quoi se réduirait dès lors la protection due aux incapables? Notre solution trouve, d'ailleurs, un fondement juridique dans les articles 2140 et 2141 du Code civil combinés, relatifs à la restriction des hypothèques légales et où il est stipulé qu'il « ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription ». L'art. 2 de la loi foncière et l'analogie intime de l'hypothèque restreinte du Code civil avec l'hypothèque forcée autorisent l'application de ces articles en Tunisie.

Les délibérations du conseil de famille relatives à la spécialisation n'ont pas un caractère irrévocable et n'engagent pas l'avenir. « Si dans le cours de la tutelle ou de l'interdiction les garanties données par le tuteur se trouvent modifiées ou deviennent insuffisantes, le conseil de famille peut en exiger de nouvelles; si elles sont devenues excessives il peut les diminuer (art. 241 L F). L'augmentation, dont il s'agit concernera le montant de la créance ou les immeubles non grevés du tuteur. Dans le cas où durant la tutelle, d'autres créances naissent au profit du mineur ou bien si les immeubles déjà affectés ont péri ou deviennent insuffisants pour la garantie de ses intérêts, le conseil de famille devra prendre une nouvelle délibération, soumise aux mêmes conditions que la première, affectant hypothécairement d'autres biens ; si les immeubles antérieurement grevés étaient suffisants pour assurer le payement de ces nouvelles créances, la spécialisation du conseil de famille consistera simplement à augmenter le montant de la somme inscrite sur ces immeubles. Si, d'autre part, le conseil estime excessives les garanties prises en vertu de sa première délibération, soit parce que la fortune du mineur s'est amoindrie, soit parce qu'il y a une disproportion notable entre la dette et le gage hypothécaire, il peut les diminuer, soit quant à la somme, soit quant au nombre d'immeubles comme ci-dessus.

Les délibérations du conseil de famille sont-elles soumises à l'homologation du tribunal ? La réponse se trouve indiquée dans l'art. 242 (L. F.) ainsi conçu : « Dans tous les cas [*qu'il s'agisse de délibérations prises avant ou en cours de la tutelle*] à défaut du consentement du tuteur, la délibération du conseil de famille sera soumise à l'homologation du tribunal et le droit à l'hypothèque résultera du jugement ». En principe, par conséquent, l'homologation n'est pas exigée; les frais qu'elle nécessiterait tombant à la charge du mineur, la loi n'a pas voulu le ruiner par un

excès de protection. Le recours en justice est un moyen purement subsidiaire qui ne s'exerce qu'« *à défaut du consentement du tuteur* » : l'homologation, en d'autres termes, s'impose au cas seulement de désaccord entre le tuteur et le conseil de famille relativement à l'étendue du gage hypothécaire ou quand le tuteur refuse de le consentir (1).

Dans cette hypothèse « le droit à l'hypothèque résultera du jugement ». Ce sont là des termes inexacts : le jugement n'a pas pour but de créer le droit à l'hypothèque mais d'homologuer la spécialisation contenue dans la délibération du conseil de famille ou de l'effectuer sur de nouvelles bases : l'hypothèque du mineur et de l'interdit trouve uniquement sa source dans la loi et le jugement ne fait que la consacrer et la spécialiser.

La loi foncière ne s'explique pas sur les recours ouverts contre les délibérations du conseil de famille : il y a lieu, par argument de son article 2, de se reporter, à notre avis, aux art. 883 et 889 du Code de procédure civile. Aux termes de l'art. 883-2° « le tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération [*qu'elle soit ou non sujette à homologation, lex non distinguit*] ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation.» Si les garanties déterminées par le conseil de famille sont insuffisantes, à leurs yeux, le subrogé-tuteur et chaque membre de l'assemblée, ayant émis un avis défavorable à la décision prise, pourront se pourvoir à fin d'augmentation (arg. art. 883-1°). Cette faculté appartient également, à notre avis, quoique le texte n'en dise rien, au juge de paix qui préside le conseil de famille, en sa qualité de membre de l'assemblée (arg. des mots « même les membres de l'assemblée art. 883 C. de Pr.). La demande sera

(1) On doit suivre les règles de procédure déterminées dans les art. 885-886 et 887. C. de procédure qui forment le droit commun de l'homologation.

dirigée contre celui appelé à en souffrir, le tuteur, et aussi, lorsque la décision n'a pas été prise à l'unanimité, contre les membres « ayant été d'avis de la délibération » (arg. art. 883 C. de pr.).

Dans le cas où, de son côté, le tuteur estime exagérées les évaluations faites dans la délibération du conseil de famille sans son acquiescement, il interviendra dans l'instance d'homologation.

Le tribunal saisi de la contestation statuera comme dans les matières sommaires. C'est ce qui résulte de l'art. 884 du Code de procédure « la cause sera jugée *sommairement* ». (arg. art. 24 L.F.)

La double spécialisation effectuée par le conseil de famille, conformément aux art. 240 et 241 (L. F.) forme la base sur laquelle l'inscription sera opérée : en d'autres termes, la délibération de cette assemblée est à l'hypothèque forcée ce que l'acte constitutif est à l'hypothèque volontaire. Elle est par conséquent le préliminaire indispensable de la publicité. Sur la présentation d'un extrait de la délibération ou d'un jugement d'homologation, suivant les cas, le conservateur opèrera une inscription, dont les termes et les limites seront ceux de cette délibération ou de ce jugement : l'hypothèque forcée du mineur prendra rang à dater du jour de l'accomplissement de cette inscription.

Quelles sont les personnes auxquelles incombe l'obligation de requérir l'inscription? C'était là une grave question que la loi foncière avait à résoudre. Nous avons vu (1) que la loi de Brumaire an VII, avec laquelle la loi tunisienne de 1885 présente sur ce point de réelles analogies, avait été répudiée par le législateur de 1804 parce que, poussant la garantie des tiers jusqu'à l'extrême, elle avait sacrifié les intérêts des incapables. L'expérience démontra, en effet

(1) V. notre deuxième partie p. 90.

que les personnes, qui avaient charge de procéder à l'inscription ou de veiller à son accomplissement, demeuraient indifférentes et passives ; l'hypothèque légale du mineur, n'ayant rang que par son inscription, était devenue une garantie purement illusoire. La loi tunisienne a cru y remédier en élargissant le cercle des requérants : réforme partielle qui n'atténue en rien le vice du système ! Les auteurs de la loi de 1885 auraient dû entrer, tout au moins dans une certaine mesure, dans la voie qui leur était indiquée par la loi belge du 16 décembre 1851 : cette dernière, ainsi que nous l'avons exposé en notre deuxième partie (1) place cette garantie sous la surveillance de l'autorité judiciaire en prescrivant la soumission d'un état des tutelles ouvertes pendant l'année au procureur du Roi qui requerra l'inscription de l'hypothèque légale du mineur, s'il y a lieu.

Aux termes de l'art. 359 (L. F.) « l'inscription des droits des mineurs et des interdits sera faite à la requête des tuteurs ou subrogés-tuteurs, et à défaut, à la requête des membres du conseil de famille, du procureur de la République, des juges de paix, du consul, des parents, des amis des incapables et des incapables eux-mêmes. »

La charge de requérir l'inscription incombe en premier lieu au tuteur : en sa qualité de protecteur naturel des intérêts du pupille il devra le garantir contre toute personne et contre lui-même. Mais la loi foncière ne sanctionne pas l'inaction du tuteur : il s'agit, en effet, d'une question qui touche au statut personnel et comme telle ne devait pas être réglée par la loi foncière. Si le mineur est français il y a lieu croyons-nous, d'appliquer l'art. 421-2°, du Code civil ainsi conçu : « s'il [le tuteur] s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité le conseil de famille convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge

(1) V. deuxième partie, législation belge, page 99.

de paix pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle sans préjudice des indemnités dues au mineur » (arg. art. 2 L. F.).

Le subrogé-tuteur, dont les fonctions consistent principalement à agir au nom du mineur, en cas de conflit des intérêts de celui-ci avec ceux du tuteur, comme en l'espèce, a mission de veiller à ce que l'inscription soit effectuée et au besoin — l'art. 359 lui en fait l'obligation — la requérir même. Sa responsabilité est, à notre avis, celle déterminée par l'art. 2137 du Code civil « les subrogés-tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions » (arg. art. 2 L. F.).

A défaut des tuteurs et des subrogés-tuteurs, peuvent concurremment requérir l'inscription, les membres du conseil de famille, les juges de paix, le consul, les parents, les amis des incapables, les incapables eux-mêmes et le Procureur de la République : bien plus la loi leur en fait l'obligation (arg. du mot *sera* art. 359). Mais comment le Procureur apprendrait-il l'ouverture d'une tutelle ? Dans la loi belge (1) rien de plus facile, puisque le contrôle de l'autorité judicaire est organisé ; ici, aucune mesure de ce genre n'est prescrite et l'intervention de la justice n'a lieu que dans les cas où il s'agit d'homologuer une décision du conseil de famille ou de contestations relatives à une tutelle. Dans ces hypothèses, très rares, le Procureur de la République aurait connaissance de l'ouverture d'une tutelle et pourrait satisfaire au vœu, appelé à demeurer platonique, de l'art. 359 (L. F.).

(1) Voir deuxième partie, p. 100.

§ II. — Hypothèque forcée de la femme mariée

Après avoir établi et organisé l'hypothèque du mineur et des interdits, la loi foncière détermine celle de la femme mariée. Peut obtenir une hypothèque forcée... 2° « la femme sur les immeubles de son mari pour sa dot, ses droits matrimoniaux, l'indemnité des obligations du mari dont elle est tenue et le remploi de ses biens aliénés ».

Cette disposition, en même temps qu'elle consacre une hypothèque forcée au profit de la femme, énumère les créances sur la base desquelles elle a le droit de la demander, mais l'énumération n'en est pas, à notre avis, limitative. L'art. 239-2e doit recevoir une très large interprétation; la loi a indiqué les cas les plus ordinaires et l'on ne doit pas conclure que telle obligation du mari vis-à-vis de la femme ne pourrait faire l'objet d'une garantie hypothécaire sous prétexte qu'elle est passée sous silence dans l'art. 239-2e lex statuit de eo quod plerumque fit. Il convient, par conséquent, de poser en principe général que la femme mariée a la faculté de se faire consentir une hypothèque pour toute créance par elle acquise *en cette qualité* contre son mari, qu'elle tire son origine d'un contrat, quasi-contrat, délit ou loi. Le législateur aurait mieux fait, pour éviter toute discussion à cet égard, de transcrire purement et simplement l'art 47 de la loi belge aux termes duquel les femmes mariées ont une hypothèque légale pour *leurs droits et créances*.

Cela posé, il y a lieu de préciser le sens de certains termes de l'art. 239-2e. Par *droits matrimoniaux*, la loi entend non tous ceux qui sont stipulés dans le contrat de mariage, mais ceux seulement desquels il résulte des avantages pour la femme et par suite une créance contre son mari. La *dot*, ainsi que la définit le Code Civil, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. Il

importe cependant de remarquer que la femme ne peut demander une hypothèque pour toute dot par elle constituée : il est nécessaire que celle-ci soit de nature à lui créer un droit de créance contre son conjoint (1). Si les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale, la dot mobilière tombe dans la communauté qui en devient propriétaire : la femme, n'ayant pas de ce chef une créance personnelle contre son mari, ne peut demander une garantie hypothécaire pour le remboursement de la dot. Même solution si les époux adoptent le régime de séparation de biens : la portion des revenus que la femme verse au mari et qui constitue la dot reste définitivement acquise à celui-ci. Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, la femme pourra obtenir une hypothèque pour la garantie de la restitution de sa dot mobilière, restitution à laquelle le mari est obligé ; il en est de même sous le régime d'exclusion de la communauté et sous le régime dotal où les droits du mari sont restreints et limités à la jouissance des biens de la femme, qu'il doit également restituer. Enfin dans le cas de communauté conventionnelle, la femme ne peut exiger une hypothèque forcée pour la sûreté de sa dot mobilière qu'autant qu'elle en a stipulé la reprise.

En droit français l'hypothèque légale de la femme est générale : elle grève les biens présents et à venir du mari. Nous avons, à maintes reprises, indiqué les nombreux et graves inconvénients qui résultent d'un système hypothécaire organisé sur une semblable base : la généralité est une entrave à la circulation des biens et au développement du crédit. Ce caractère de généralité ne pouvait trouver place dans une loi dont le but essentiel consiste à assurer la facilité et la sécurité des transactions. Aussi la loi foncière

(1) Sur le principe BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. Priv. et H. II p. 77, n° 982. — LAURENT, XXX n. 334. — AUBRY et RAU p. 219. Reims, D. 91. 2. 403.

de 1885 impose-t-elle, dans ses articles 243 et 244, la spécialisation de l'hypothèque de la femme, comme elle avait précédemment imposé la spécialisation de l'hypothèque du mineur : quant au gage hypothécaire et quant à la créance.

Les art. 243 et 244 combinés supposent deux cas de spécialisation de l'hypothèque de la femme : celle effectuée dans les conventions matrimoniales des époux et celle faite au cours du mariage. Il convient d'examiner, sous une rubrique spéciale, chacune de ces deux hypothèses à raison des règles différentes qui leur sont respectivement applicables.

I. — DE LA SPÉCIALISATION QUI SE FAIT DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

Aux termes de l'art. 243 (L. F.) « la convention matrimo-« niale, s'il y en a, détermine les immeubles du mari qui sont « grevés d'hypothèque, l'objet auquel s'applique la garan-« tie et la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'inscrip-« tion peut être prise ». Ainsi la spécialisation est nécessaire pour l'hypothèque de la femme comme pour celle du mineur ; le rapprochement des deux textes y relatifs nous révèle cependant une différence importante entre eux. Le contrat de mariage déterminera, non-seulement la somme et les biens grevés qui la garantissent mais aussi, et c'est ce qu'on n'exige pas pour l'hypothèque du mineur, « l'objet auquel s'applique la garantie ». Parmi les droits de la femme que l'hypothèque est appelée à garantir, certains naissent au moment du mariage, d'autres pendant son cours : exiger l'indication de « l'objet auquel la garantie s'applique » cela revient à dire que le contrat de mariage peut spécialiser l'hypothèque quant aux droits, d'ailleurs même conditionnels, existant au moment de sa rédaction, mais non quant à ceux qui naîtraient postérieurement : pour ces derniers la spécialisation et par suite l'inscription

n'est possible que lors de leur acquisition. Pour l'hypothèque du mineur, au contraire, le conseil de famille spécialisera l'hypothèque à l'ouverture de la tutelle pour toutes les créances actuelles ou probables, même pour les simples espérances : il n'est pas astreint, en un mot, à mentionner l'objet auquel la garantie s'applique (art. 240 L. F.).

Cette différence existe aussi en droit français mais uniquement au point de vue du rang de l'hypothèque : d'après l'art. 2135 C. C., l'hypothèque existe au profit du mineur, à raison de la gestion du tuteur, du jour de l'acceptation de la tutelle : il y a une date unique, un même rang pour tous les droits et créances du pupille contre le tuteur pour sa gestion ; l'hypothèque pourra ainsi prendre rang à une date où la créance qu'elle garantit n'est pas encore née. Pour l'hypothèque légale de la femme mariée, au contraire, il n'y a pas une date unique : son rang varie suivant les créances auxquelles elle est attachée (art. 2135-2°). Et l'on justifie cette différence en disant que « le tuteur, en entrant en fonctions, « devient débiteur d'un compte d'administration. La per- « sonne, soumise à la tutelle, acquiert donc, à ce moment « même, une créance éventuelle contre le tuteur pour toutes « les sommes qui devront figurer successivement au cha- « pitre des dépenses ; elle acquiert, en un mot, une créance « éventuelle pour le reliquat du compte de tutelle. La loi « fait dater l'hypothèque du moment où cette créance éven- « tuelle prend naissance, c'est-à-dire du jour où le tuteur « a dû commencer sa gestion (1) ».

Il ne doit pas en être ainsi de l'hypothèque légale de la femme et voici les observations présentées à ce sujet par le Tribunat : « La section pense qu'il y aurait un grand « inconvénient à laisser subsister, d'une manière aussi « indéfinie que le fait l'article du projet de loi, l'hypothèque « légale des femmes sur les biens du mari. Les sommes do-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, p. 527 n° 1460.

« tales ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles « proviennent de successions, que du jour de l'ouverture « de ces successions. Car c'est réellement alors qu'il y a de « la part du mari une administration qui seule peut faire « le fondement de l'hypothèque. Ce qu'on vient de dire « pour les successions, s'applique aussi aux donations. « D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec « son mari ou si de son consentement elle aliène ses im- « meubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du « mari pour son indemnité, dans ces deux cas, qu'à compter « de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y « ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme « l'origine de la créance(1). » On ajoute, enfin, que les mineurs ne pouvant veiller sur leurs intérêts à raison de leur âge, sont à la discrétion du tuteur, tandis qu'il n'en est pas ainsi de la femme qui, d'ailleurs, a la ressource de la séparation de biens.

Nous n'entrerons pas dans les discussions doctrinales soulevées par cette différence entre l'hypothèque légale de la femme et celle du mineur; disons simplement que l'ancien droit, considérant que le mari, tout comme le tuteur, est débiteur d'un compte d'administration, ne l'admettait pas (2). Ce fut sur la base formulée par la section de législation du Tribunat que l'art. 2135-2° a été rédigé. « L'hypo- « thèque existe indépendamment de toute inscription.....; « 2° au profit des femmes pour raison de leur dot et con- « ventions matrimoniales et à compter du jour du mariage. « La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui « proviennent de successions à elle échues, ou de dona- « tions à elle faites pendant le mariage qu'à compter de « l'ouverture des successions, ou du jour où les donations

(1) FENET, XV, p. 414. — LOCRÉ, XVI, p. 317.

(2) Dans l'ancien droit français, par application du principe d'après lequel toute obligation notariée entraînait hypothèque générale, l'hypothèque légale de la femme avait rang du jour du contrat de mariage.

« ont eu leur effet. Elle n'a hypothèque pour l'indemnité « des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le « remploi de ses propres aliénés qu'à compter du jour de « l'obligation ou de la vente (1). »

Nous avons tenu à indiquer les principes du Code Civil, en cette matière, parce qu'ils doivent nous guider dans l'interprétation des art. 243 et 244 de la loi foncière. Certes, l'art. 2135-2° C. C. a pour but de fixer le rang de l'hypothèque légale et dans la loi tunisienne, il n'y a pas lieu de s'en occuper, puisque l'inscription seule le détermine. Mais la question qui se pose est celle de savoir à quel moment cette inscription est possible. Peut-on, par exemple, dans le contrat de mariage, spécialiser et par suite permettre d'inscrire à ce moment, certaines créances qui, d'après le Code Civil français, grèvent d'hypothèque les biens du mari à leur naissance seulement? En d'autres termes, l'art. 2135 C. C. est-il applicable en la matière?

L'affirmative n'est pas douteuse, à notre avis. L'art. 2 (L. F.) admet l'application en Tunisie des dispositions du Code Civil français qui ne sont pas contraires à la loi de 1885. Or, il en est ainsi de l'art. 2135. La loi foncière n'y a dérogé, en effet, qu'en exigeant la publicité par l'inscription de l'hypothèque de la femme : elle ne dit pas que cette hypothèque doit garantir indifféremment et à partir du mariage, toutes les créances de la femme contre son mari, mais qu'elle doit être spécialisée et inscrite. Le principe de l'art. 2135, d'après lequel cette sûreté n'a pas un rang unique, est la base de la spécialisation, préliminaire indispensable de son inscription. Cette disposition de l'art. 2135 C. C., qui ne donne pas comme rang à l'hypothèque le jour du mariage pour des droits naissant dans le cours du mariage, devrait d'autant plus être admise dans notre loi

(1) Sur l'interprétation de l'art. 2135 du Code Civil. V. AUBRY et RAU, t. 3, § 264 *ter*, note 64, ZACHARIE, MASSÉ et VERGÉ, t. 5, § 796, note 19. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II. 1464 et s. — DURANTON, XX, n. 20.

que son effet est d'augmenter le crédit du mari en l'allégeant de certaines charges. L'art. 243 (L. F.) confirme d'ailleurs ce principe en exigeant la détermination de « l'objet auquel s'applique la garantie » : n'exclut-il pas par cela même, en effet, les droits à naître au cours du mariage, droits qui sont de simples expectatives, de simples espérances au moment de la rédaction des conventions matrimoniales ?

Cette discussion nous fait aboutir au principe suivant. Le contrat de mariage ne peut pas stipuler l'hypothèque pour des droits dont la naissance se place pendant le mariage : la spécialisation, et par suite l'inscription, n'en sont possibles que lors de leur naissance. En un mot, la spécialisation dans les conventions matrimoniales se référera uniquement aux droits auxquels le Code Civil (art. 2135) attache une hypothèque ayant rang au jour de la célébration du mariage (1). C'est ce que la loi foncière entend dire par la détermination de « l'objet auquel s'applique la garantie ».

Quant à la spécialisation de la créance et du gage hypothécaire, elle devra être effectuée conformément aux règles de l'hypothèque volontaire, posées dans les art. 255 et 257 (L. F.)

Les déterminations exigées par l'art. 243 (L. F.) se feront dans le contrat de mariage, mais nous croyons qu'elles peuvent être insérées dans un acte postérieur : l'art. 243 suppose le cas le plus ordinaire, celui où les époux mentionneront dans leur contrat, en même temps que les clauses qui régleront leur situation pécuniaire respective, les sûretés consenties à la femme *lex statuit de eo quod plerumque fit.* Aussi pensons-nous que rien ne s'oppose à ce qu'elles soient

(1) En droit belge, l'art. 64 de la loi du 16 décembre 1851, autorise les époux à stipuler dans les conventions matrimoniales, une hypothèque au profit de la femme pour la garantie de ses reprises, mêmes éventuelles : les successions et les donations advenant à la femme au cours du mariage, sont considérées comme telles et peuvent faire l'objet d'une stipulation d'hypothèque dans le contrat de mariage.

stipulées ailleurs que dans le contrat de mariage. Si, d'autre part, la convention matrimoniale a été rédigée par devant le consul français, c'est-à-dire si elle est notariée, l'hypothèque stipulée postérieurement n'est pas soumise à la même forme authentique quoique constituant une modification au contrat de mariage : l'art. 1396 du Code Civil est contraire aux dispositions de la loi foncière d'après lesquelles l'hypothèque affecte la forme sous-seing privé et, pour cette raison, dénué de cette application sous le nouveau régime (arg. art. 2). Notre solution est d'ailleurs fortifiée par l'art. 244 (L. F.) qui suppose le cas d'une spécialisation effectuée au cours du mariage : non seulement il l'autorise, mais encore il en détermine les effets.

Remarquons, en terminant, que l'hypothèque spécialisée dans le contrat de mariage se rapproche intimement de l'hypothèque *restreinte* prévue par les art. 2140 à 2143 du Code Civil. Par la restriction, l'hypothèque légale de la femme perd son caractère général, elle est cantonnée dès l'origine et naît diminuée : certains biens du mari en sont seulement grevés. Or l'hypothèque forcée présente ce caractère : y a-t-il lieu, à raison de cette analogie et par application de l'art. 2 de la loi foncière, de décider sa soumission aux conditions imposées par l'art. 2140 C. C. (1). Les époux en d'autres termes, devront-ils être *majeurs* pour pouvoir opérer la spécialisation dans le contrat de mariage ? La négative nous paraît certaine, cette exigence de l'art. 2140, qui est d'autant plus critiquée qu'elle est inexplicable (1) ne

(1) L'art. 2140 C. C. est ainsi conçu ; « Lorsque dans le contrat de mariage, les parties *majeures* seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués par l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.

(1) On ne comprend pas en effet pourquoi les époux mineurs qui ont le droit de consentir dans le contrat de mariage toutes les conventions que pourrait stipuler un majeur ne pourraient pas convenir d'une restriction de l'hypothèque. Cpr. Limoges, 2 avril 1887 S. 88. 2.216.

se conciliant pas avec les principes de la loi tunisienne de 1885. En droit français, en effet, si la restriction se trouve être impossible parceque l'une des parties est mineure l'hypothèque légale n'en subsiste pas moins avec son caractère général et occulte : il n'en est pas de même dans la loi foncière où la spécialisation et l'inscription, dont elle est le préliminaire nécessaire, sont une condition essentielle de l'existence de l'hypothèque forcée. Admettre l'application de l'art. 2140 C. C. c'est défendre la spécialisation dans un cas très général, celui ou l'un des époux est mineur. Aussi pensons-nous que l'art. 2140 est incompatible avec les règles de la nouvelle loi et doit lui demeurer complétement étranger.

II. — DE LA SPÉCIALISATION QUI SE FAIT PENDANT LE MARIAGE

La spécialisation se fait au cours du mariage dans les cas prévus par l'art. 244 (L. F). Cet article suppose que le contrat de mariage ne contient pas une stipulation d'hypothèque au profit de la femme ou que les garanties qui y ont été déterminées sont devenues insuffisantes ; il y a également lieu à une semblable spécialisation dans le cas où celle-ci a pour but de sauvegarder des droits qui naissent pendant le mariage et qui n'ont pu, pour les raisons que nous avons ci-dessus exposées, être envisagés dans les conventions matrimoniales. Dans ces diverses hypothèses, la femme peut requérir une inscription première ou une inscription supplémentaire.

Aux termes de l'art. 244 « s'il n'a pas été stipulé d'hypo-
« thèque ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées
« par le contrat, la femme peut, dans le cours du mariage et
« en vertu d'un jugement du Tribunal à défaut du consen-
« tement du mari, pour toutes les causes de recours qu'elle
« peut avoir contre lui soit à raison d'obligations par elle
« souscrites, ou d'aliénation de ses propres ou de donations

« ou de successions auxquelles elle est appelée, requérir « inscription d'une hypothèque sur les immeubles du mari».

Les causes de recours, dont il s'âgit dans cette disposition, se rapportent à des créances que l'on ne pouvait prévoir lors de la rédaction des conventions matrimoniales puisque leur acquisition se place au cours du mariage : il en est ainsi des obligations souscrites par la femme dans le cours du mariage, de ses propres aliénés, des donations ou des successions lui advenant. Pour la garantie du payement de l'indemnité, à laquelle la femme a droit, pour les obligations par elle contractées conjointement et solidairement avec son mari ou celle résultant du cautionnement d'une dette de celui-ci, elle pourra requérir l'inscription d'une hypothèque, préalablement spécialisée, du jour où cette créance est née ; pour la sûreté de la reprise du prix de ses propres alienés à compter du jour de la vente, pour la garantie des donations dont elle a été la bénéficiaire du jour de la perfection du contrat, et des successions à leur ouverture (art. 2135 C. C. et 244 L. F. cbn).

La spécialisation effectuée au cours du mariage pourra être contenue dans une convention librement consentie par le mari : l'intervention de la justice ne s'impose pas aux parties. L'hypothèque de la femme prend ainsi la forme de l'hypothèque *volontaire* et ce sera dans la convention que le conservateur puisera les éléments de son inscription. A défaut du consentement du mari, et dans ce cas seulement, la spécialisation résultera d'un jugement. Aux termes du deuxième paragraphe de l'art. 244 « le jugement, dans ce cas, détermine la somme pour laquelle l'inscription sera prise, l'objet à garantir et les immeubles sur lesquels l'inscription se fera ». L'hypothèque ainsi constatée est une hypothèque *forcée* puisqu'elle est acquise sans le consentement du débiteur (1).

(1) La loi foncière n'indique pas de procédure spéciale pour l'obtention de ce jugement : les règles ordinaires du Code de procédure civile devront par conséquent

Ce moyen subsidiaire offert à la femme n'est pas, tel qu'il est organisé, à l'abri de toute critique. Il est très regrettable que la loi foncière se soit écartée, sur ce point, de la loi belge d'après laquelle une *autorisation* du président du Tribunal permettra d'effectuer la spécialisation. En exigeant un *jugement* la loi de 1885 ne favorise pas l'accomplissement de cette formalité sans laquelle l'inscription n'est pas possible et va par suite à l'encontre de son but qui est à la fois de protéger les tiers et de sauvegarder les intérêts des incapables. Souvent, en effet, la femme reculera devant un procès qui aura pour conséquence de jeter, par la publicité qui entoure tout procès, le trouble et la mésintelligence dans le ménage; une autorisation du président présenterai moins d'inconvénients : par sa célérité et sa simplicité, cette voie de procédure aurait assuré plus efficacement l'exécution des mesures prescrites par la loi pour la protection des droits de la femme.

Le jugement de spécialisation rendu par application de l'art. 244 de la loi foncière n'a pas un caractère définitif. Il est essentiellement révocable, c'est-à-dire que le juge a le droit de modifier sa décision dans le cas où l'intérêt de la femme qui l'a motivée a varié, si par exemple les garanties en résultant deviennent insuffisantes; dans cette hypothèse la femme pourra demander la modification du jugement intervenu dans un sens plus favorable et obtenir une hypothèque supplémentaire qui prendra rang naturellement au jour de son inscription. C'est dans ce sens que l'on peut dire que l'hypothèque forcée est *variable*.

Mais, d'autre part et en sens inverse « lorsque les garanties deviennent excessives, le mari pourra en demander la

être suivies, notamment celle prescrivant le ministère d'un avoué (avocat-défenseur). Il est nécessaire en outre que la femme se munisse préalablement de l'autorisation maritale (art. 215 C. C.) ou à défaut de l'autorisation de justice (art. 218 C. C.)

diminution au Tribunal, art. 244-3° » à défaut du consentement de la femme, cela va de soi (arg., art. 243 et 244 § 1). La réduction dont il s'agit concernera soit la somme pour laquelle inscription avait été prise, soit les immeubles antérieurement grevés. Il est des cas où le mari pourra réclamer non la diminution mais la radiation pure et simple d'une inscription : ainsi une donation a été faite au profit de la femme sur le fondement de laquelle celle-ci a obtenu une hypothèque contre son mari; si cette donation est postérieurement annulée pour un vice juridique quelconque, le mari a le droit de requérir la radiation de l'inscription qui n'a plus de cause.

Le droit du mari à demander la réduction existe indistinctement, que la spécialisation résulte du contrat de mariage ou d'un jugement : l'art. 244 § 3, ne distingue pas *lex non distinguit*. Il va sans dire que dans ces diverses hypothèses le Tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le caractère excessif ou insuffisant des garanties antérieurement reconnues : il n'y a pas lieu d'appliquer ici les art. 2162 et 2165 du Code Civil.

La spécialisation résultant soit du contrat de mariage, soit d'un jugement, sert de base à l'inscription dont elle est une condition essentielle puisque le conservateur n'inscrit que les hypothèques spécialisées. L'hypothèque de la femme sera opposable aux tiers et prendra rang au jour de son inscription; quant aux modifications y apportées elles n'auront d'effet qu'à la date de l'inscription particulière qui en a été faite.

Aux termes de l'art. 360 (L.F.) « l'inscription des droits de la femme se fait à la requête du mari ou à défaut à la requête de la femme, de ses parents ou de ses amis ». L'efficacité de l'hypothèque forcée étant subordonnée à sa publicité, la loi foncière a pris les mesures les plus larges pour en assurer l'accomplissement. Mais cette disposition esi dépourvue de sanction.

§ III. — Hypothèque forcée du vendeur

En droit français le vendeur d'un immeuble non payé peut demander la résolution de la vente; il peut également en poursuivre l'exécution en exigeant le prix et, en garantie de l'acquittement il lui est accordé un privilège. Par le privilège, le vendeur a le droit de se faire payer sur le prix provenant de l'immeuble vendu par préférence à tous les autres créanciers de l'acheteur, quelle que soit la date de leurs créances, fut-elle même antérieure à la vente et ce, à la condition d'avoir accompli les formalités déterminées par la loi pour sa conservation. Ces formalités, exigées dans un but de publicité, varient selon qu'il s'agit du droit de préférence ou du droit de suite engendrés par le privilège. Le droit de préférence dont l'exercice suppose un conflit entre le vendeur et les créanciers de l'acheteur est conservé pleinement par la transcription de l'acte de vente constatant que la totalité ou partie du prix est encore dûe et par une inscription prise d'office par le conservateur en marge de la transcription (art. 2106 et 2108 C. C. bn.). Par cette publicité les tiers se rendront compte de l'existence du privilège, mais aucun délai n'est imposé au vendeur pour l'effectuer; tant que la propriété reste fixée sur la tête de l'acheteur et plus généralement tant qu'aucun évènement arrêtant le cours des inscriptions ne s'est réalisé (1), le vendeur peut efficacement transcrire et primer les créanciers hypothécaires de l'acheteur, même ceux dont l'inscription est antérieure à la sienne. Quant au droit de suite, dont l'exercice suppose l'aliénation de l'immeuble par l'acheteur, il doit être rendu

(1) C'est une question très controversée que celle de savoir si la faillite, la mort suivie de l'acceptation de la succession du débiteur sous bénéfice d'inventaire qui, en principe, arrêtent le cours des inscriptions, sont un obstacle à la transcription du contrat de vente d'où naît le droit de préférence du vendeur. La Cour de Cassation résout affirmativement la difficulté : le vendeur perd son privilège alors même qu'on n'ait aucune faute à lui reprocher ; mais elle lui reconnaît le droit d'exercer, malgré l'extinction du privilège, l'action en résolution.

public avant la transcription de cette aliénation ou dans les quarante-cinq jours à partir de la vente qui a donné naissance au privilège ; la publicité, opérée à l'une ou à l'autre des deux époques que nous indiquons, rétroagit au jour de la vente et est efficace contre tout autre droit inscrit dans l'intervalle (art. 6, loi du 23 mars 1855).

Le vendeur a, indépendamment de son privilège, une action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix. Affranchie de toute publicité elle pouvait, sauf le cas de prescription, être dirigée, sous l'empire du Code civil contre tout acquéreur même de bonne foi : en outre aucun lien ne la rattachait au privilège et la perte de celui-ci n'entraînait pas son extinction, en sorte que les tiers, prémunis contre le privilège, ne l'étaient pas contre l'action en résolution. Cette situation était des plus précaires au point de vue du crédit : aussi la loi du 23 mars 1855, modificative du Code civil en cette matière, établit-elle une corrélation entre l'exercice de l'action en résolution et celui du privilège. Aux termes de l'art. 7 de cette loi « l'action résolutoire, établie par l'art. 1654 du Code Napoléon, ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis les droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » En cas de perte du privilège l'action en résolution ne subsiste donc plus qu'à l'encontre de l'acheteur et de ses créanciers chirographaires.

Comme le Code civil, LA LOI FONCIÈRE reconnaît des garanties spéciales au vendeur d'un immeuble non payé, mais elle leur donne une organisation tout à fait différente. En faisant de l'inscription une condition essentielle de la validité à l'égard des tiers de tout droit elle était nécessairement amenée à la suppression du privilège du vendeur et à une règlementation particulière du droit de résolution.

Le privilège du vendeur est remplacé dans la loi de 1885 par une hypothèque forcée (art. 239-3°) dont la différence avec le privilège du droit français n'est pas purement nominale. Certes la source de l'hypothèque forcée comme celle du privilège se trouve dans la faveur que la loi attache à cette espèce de créance ; sans doute le législateur tunisien a estimé comme les rédacteurs du Code civil que la chose vendue, augmentant le patrimoine de l'acheteur et par suite le gage général de ses créanciers, devait en toute équité être affectée d'abord au paiement du prix de vente et qu'il convenait par suite d'établir un droit de préférence au profit du vendeur créancier à l'encontre des autres créanciers de l'acheteur. Mais, et c'est en cela que l'hypothèque forcée diffère du privilège du Code civil, si la raison d'être en est la même les règles déterminant la naissance, la conservation et l'extinction de cette garantie s'éloignent notablement de celles du droit civil français. Quant à l'action en résolution le principe fondamental de la loi foncière lui est applicable ; la publicité est une condition de son existence à l'égard des tiers.

Comme toutes les hypothèques forcées celle accordée au vendeur peut affecter la forme de l'hypothèque conventionnelle et être stipulée dans le contrat de vente ; ce n'est qu'à défaut de cette stipulation que le recours en justice est indispensable pour son obtention : dans ce cas l'hypothèque sera constatée dans un jugement et est dite forcée. Examinons chacune de ces deux hypothèses.

L'hypothèque stipulée dans le contrat de vente est soumise aux règles de l'hypothèque volontaire. Les parties en détermineront d'un commun accord l'étendue et, à cet égard, leur volonté fait loi : elles pourraient, par exemple, convenir qu'elle garantira tels frais qui, à proprement parler, ne font pas partie du prix de vente. En ce qui concerne l'action en résolution le vendeur devra stipuler, s'il entend la conserver, qu'en cas de nouvelle transmission

de l'immeuble, avant le payement total ou partiel du prix, il se réservera la faculté d'en user (art. 246 L. F.).

Si l'acheteur refuse de consentir la stipulation de l'hypothèque ou de l'action en résolution, la loi permet au vendeur d'obtenir l'une et l'autre par voie judiciaire. Aux termes de l'art. 247 « à défaut de stipulation d'hypothèque le vendeur peut, en vertu d'un jugement du tribunal, requérir l'inscription sur ledit immeuble ». Ce droit à l'hypothèque forcée appartient d'après l'art. 239-3° (L. F.) au *vendeur* d'immeuble non payé : ce terme doit être pris dans un sens très large. Ainsi une datio in solutum peut engendrer le droit à une hypothèque forcée : supposons, par exemple, Primus débiteur de 100.000 francs ; il offre en payement à son créancier Secondus, qui accepte, un immeuble valant 150.000 francs à la charge par Secondus de lui payer la différence soit 50.000 francs ; cela revient à dire que Primus vend l'immeuble à Secondus pour 150.000 francs, une partie 100.000 est éteinte par compensation et le restant est dû à titre de vente. Primus aura donc le droit d'exiger une hypothèque sur l'immeuble pour en assurer le payement. Il en est de même dans le cas de donation d'un immeuble avec charges ; il y a là un contrat mixte de vente et de donation : il y a vente pour la partie de l'immeuble qui trouve sa contre-valeur dans la charge pécuniaire imposée au donataire et donation pour le surplus. Si le montant de la donation est égal à la charge il y a là une vente déguisée et le droit à l'hypothèque ne saurait être contesté. Mais nous croyons que la même solution doit être admise lorsque le montant de la donation se trouve être supérieur à la charge : le donateur pourra demander au tribunal une hypothèque forcée sur l'immeuble donné pour assurer l'exécution des charges pécuniaires stipulées dans le contrat de donation et la réserve de son action en résolution. Notre interprétation est confirmée par l'art. 279 de la loi foncière qui, parlant du délai d'option entre l'hypothèque et l'action

en résolution qui appartient au vendeur, déclare que ses dispositions sont applicables « aux échangistes et au *donateur* (1) ».

Le jugement devra déterminer le montant pour lequel l'hypothèque forcée du vendeur sera prise : ce sera celui du prix de vente, total ou partiel suivant les cas. L'hypothèque poura-t-elle être obtenue du Tribunal pour les prestations dites pots de vins et épingles et les frais qui, étant à la charge de l'acheteur, ont été avancés par le vendeur ? L'affirmative est certaine : ce sont là en effet des dépenses effectuées à l'occasion de la vente, dont l'acheteur a tenu compte dans la fixation du prix d'acquisition et qui, comme telles, en font partie.

Le vendeur qui requiert l'hypothèque forcée devra, pour conserver l'action en résolution, prendre des conclusions à cette fin. C'est ce qui résulte de l'art. 247 (L. F.) « le jugement pourra également sur les conclusions du vendeur lui accorder l'action en résolution en cas de transmission ultérieure de la propriété de l'immeuble avant payement total ou partiel du prix ». Du rapprochement des deux paragraphes de l'art. 247, il semble résulter que le Tribunal est obligé de consacrer l'hypothèque et qu'il en est autrement de l'action en résolution pour la reconnaissance de laquelle il aurait un pouvoir discrétionnaire. L'art. 247 § 2 dit en effet « le jugement *pourra*..... lui accorder la conservation de son action en résolution » tandis que dans son premier paragraphe il est porté que « à défaut de stipulation d'hypothèque le vendeur peut, en vertu d'un jugement du Tribunal, requérir l'inscription ». Une semblable conclusion est inexacte : l'action en résolution comme l'hypothèque forcée est un droit pour le vendeur (art. 1654, 1184 C. C.) qui s'impose au Tribunal.

(1) Le texte officiel de l'art. 279 porte le mot « donataire » : il y a là une erreur certaine comme nous l'expliquons au chapitre de la « Purge ».

L'hypothèque du vendeur comme son droit de résolution ne produisent d'effet, à l'égard des tiers, qu'à la condition et du jour de l'inscription sur les registres de la conservation de la propriété foncière.

Lorsque l'hypothèque et le droit de résolution n'ont pas été réservés dans le contrat de vente, ils ne seront pas conservés, nonobstant l'inscription de ce dernier constatant le non-payement du prix. Le vendeur devra obtenir un jugement conformément aux règles déterminées dans l'art. 247 et exposées ci-dessus : ce jugement servira de base à leur inscription. Mais, pour prémunir le vendeur contre toute constitution de droit réel par l'acheteur pendant la période qui s'écoule entre l'inscription de la mutation de propriété et l'obtention de ce jugement, la loi foncière décide que le président du tribunal pourra accorder une inscription conservatoire de l'hypothèque et du droit de résolution. Lorsque le jugement intervenu consacre ces garanties, celles-ci sont consolidées à la date de la prénotation qui en fixe le rang.

Remarquons, en terminant, que l'inscription de l'hypothèque du vendeur ne peut avoir lieu, tant que celle de la mutation de propriété n'a pas été effectuée : cette condition résulte de l'art. 357 (L. F.) et de l'organisation générale des livres fonciers. Jusqu'à l'inscription du contrat de vente, en effet, le vendeur demeure propriétaire et le feuillet, consacré à chaque immeuble sur le registre, l'indique comme tel : il ne peut dès lors inscrire une hypothèque sur son propre bien. Mais, ainsi que nous l'exposerons au chapitre de la « Publicité des hypothèques, le vendeur pourra prendre les devants et requérir successivement l'inscription de la vente et celle de l'hypothèque.

§ IV. — Hypothèque forcée du copermutant

A raison de la grande analogie qui existe entre la vente et l'échange, le Code Civil français n'a pas organisé des garanties spéciales pour ce dernier contrat et l'on décide généralement que celles attachées à la vente lui sont applicables; ainsi, dans le cas d'échange avec soulte, on accorde au co-échangiste créancier le privilège du vendeur pour l'acquittement de la soulte, celle-ci étant considérée comme prix de vente. La loi tunisienne du 1er juillet 1885 a cru utile de reconnaître expressément, à côté de l'hypothèque forcée du vendeur, une hypothèque forcée au profit de l'échangiste pour la garantie du payement de la soulte « quand il n'a pas été réservé d'hypothèque conventionnelle pour le payement de la soulte d'échange art. 239-3° ».

Cette hypothèque forcée, que peuvent obtenir les copermutants sur les immeubles réciproquement échangés, a pour objet, d'après l'art. 239-3°, d'assurer le payement de la soulte c'est-à-dire de la somme qui représente l'excédent de valeur d'un immeuble sur l'autre. Le texte de la loi ne mentionnant que cette créance, il s'ensuit que le copermutant ne saurait demander judiciairement une hypothèque forcée pour garantir d'autres droits, par exemple celui du payement de sommes que le co-échangiste débiteur serait ultérieurement condamné à effectuer à l'occasion du contrat.

En cas de non-acquittement de la soulte d'échange, le créancier co-échangiste qui a conservé son hypothèque conformément à la loi peut saisir l'immeuble échangé et se faire désintéresser sur le prix d'adjudication. Mais peut-il demander la résolution du contrat d'échange? En un mot a-t-il, indépendamment de l'hypothèque forcée, une action en résolution? L'affirmative doit être admise, croyons-nous, malgré le silence de la loi foncière. L'action en résolution, en effet, est reconnue au co-échangiste dans l'art. 1705 du Code Civil aux termes duquel le copermutant a le

choix de conclure à des dommages-intérêts ou de répéter sa chose ; or cette action en répétition n'est que l'action en résolution dont il s'agit. L'art. 1707 du Code Civil, d'autre part, autorise cette interprétation en décidant que les principes de la vente régissent en général l'échange. Ces dispositions, ne choquant en aucune manière les principes de la loi foncière, doivent y être incorporés (arg. art. 2 L. F.) : il s'ensuit que le copermutant peut, en outre de l'hypothèque forcée, demander que l'action en résolution lui soit réservée dans le jugement. Les règles déterminées pour sa conservation dans le cas de vente, dans les articles 246 et 247 (L. F.), lui sont applicables .

Comme l'hypothèque forcée du vendeur, celle du copermutant n'a rang que du jour de son inscription et l'action en résolution ne devient opposable aux tiers qu'à partir de son inscription (art. 248 L. F.).

§ V. — Hypothèque forcée du copartageant

Peut demander une hypothèque forcée art. 239-3° « le co-« partageant sur l'immeuble [*ou sur les immeubles*] partagés « quand il n'a pas été réservé d'hypothèque convention-« nelle pour le payement de la soulte de partage ». Les termes généraux de cette disposition permettent l'obtention d'une hypothèque forcée pour tout partage d'immeubles indivis et quelle que soit la forme du partage, judiciaire ou amiable.

L'hypothèque sur les immeubles partagés peut être volontaire ou forcée mais la loi foncière détermine la nature de la créance que l'hypothèque forcée sera appelée à garantir. Certes les parties, quand l'hypothèque est volontaire, ont la faculté de lui donner l'extension et l'étendue qu'elles désirent : elles pourraient convenir, par exemple, que l'hy-

pothèque est stipulée pour garantir toutes les obligations d'un copartageant vis-à-vis d'un autre à raison du partage et jusqu'à concurrence d'une certaine somme pour laquelle inscription sera prise. Mais s'il n'a pas été stipulé d'hypoque et si le Tribunal est saisi, la loi foncière détermine l'obligation sur le fondement de laquelle elle devra être accordée : l'hypothèque forcée, dit l'art. 239, garantit le payement de la soulte de partage c'est-à-dire le retour en argent destiné à compenser l'infériorité d'un lot par rapport aux autres : en vertu d'une cause autre que celle-ci, le copartageant n'aura qu'une action purement personnelle.

L'hypothèque forcé du copartageant, comme les hypothèques forcées du vendeur et du copermutant, est subordonnée quant à son existence, à l'égard des tiers, à l'inscription qui en détermine également le rang.

B. — DES HYPOTHÈQUES VOLONTAIRES

Les hypothèques volontaires sont celles qui naissent du consentement des parties et si la loi du 1er juillet 1885 a substitué cette dénomination — nouvelle dans la langue du droit (1) — à celle d'hypothèque conventionnelle du Code civil, c'est que, sous son empire, cette garantie peut être constituée non seulement par convention mais encore par testament.

§ Ier. — Conditions communes à la constitution de l'hypothèque testamentaire et à la constitution de l'hypothèque conventionnelle

Conventionnelle ou testamentaire, l'hypothèque volontaire est soumise aux conditions requises pour la validite de tous les contrats (consentement, objet, etc.). Mais il est certaines règles qui lui sont particulières et à l'accomplissement desquelles se trouve subordonnée la validité de sa constitution. Comme en droit français, cette garantie nécessite, outre l'existence d'une obligation principale à laquelle elle se rattache et dont elle suit le sort :

1° la propriété chez le constituant du droit immobilier qu'elle est appelée à grever ;

2° la capacité d'aliéner du constituant ;

3° la double spécialisation dans l'acte qui la constate des biens grevés et de la créance garantie : *spécialité quant aux immeubles hypothéqués* et *spécialité quant à la créance.*

1° *Le constituant doit être propriétaire du bien grevé.* Aucun texte de la Loi Foncière n'exige, en termes explicites, cette condition qui résulte d'une manière indirecte

(1) Cpr. Législation espagnole dans notre « Deuxième Partie » page 117.

de l'art. 255 (L. F.) imposant la détermination « de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur* » pour l'hypothèque conventionnelle et de l'art. 254 (L. F.) pour l'hypothèque testamentaire (arg. des mots établie par le testateur sur un ou plusieurs de ses immeubles). Quoique non stipulée expressément par un texte, la nécessité de cette qualité chez le constituant ne saurait être contestée étant d'ailleurs conforme à l'essence même de l'hypothèque qui, à défaut de payement de la dette garantie, doit aboutir à l'aliénation forcée, à l'expropriation de l'immeuble qu'elle affecte. Or le propriétaire seul peut aliéner et il s'ensuit que l'hypothèque constituée par un non-propriétaire est nulle, de nullité absolue.

Ce principe se trouve implicitement contenu dans l'art. 2124 du Code civil dont l'art. 250 (L. F.) est l'intégrale reproduction et voici les applications que la jurisprudence française a eu l'occasion d'en faire. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1892 a décidé que l'acquisition ultérieure de la propriété par le constituant ne valide pas la constitution d'hypothèque S. 92.1. 289. Il a été également jugé que si le constituant devient l'héritier du propriétaire le vice de la constitution d'hypothèque ne sera pas purgé parce qu'il est irréparable ; Montpellier, 10 février 1896 S. 96. 2. 128. La doctrine, en général, est dans le même sens et admet qu'une semblable convention est nulle, de nullité radicale et absolue, inexistante « Elle manque de la condition à « laquelle est subordonnée la possibilité légale de l'affec- « tation hypothécaire en soi. A défaut de cette condition la « constitution d'hypothèque, manquant en quelque sorte de « matière ou d'assiette, se trouve entachée d'un vice réel et « substantiel que rien ne saurait faire disparaître. C'est ce « qui résulte invinciblement de l'art. 2129 qui ne se borne « pas à déclarer qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle « valable que celle qui a été constituée avec désignation « spéciale sur les immeubles appartenant au débiteur mais

« ajoute encore que les biens à venir ne peuvent pas être « hypothéqués » (1). Pour des motifs identiques, les déductions de la jurisprudence doivent être consacrées sous l'empire de la nouvelle loi. Empressons-nous d'ajouter que la question présente un intérêt pratique minime dans notre organisation où chaque immeuble, ayant un état civil à la conservation de la propriété, il est facile aux tiers de connaître exactement le titulaire du droit de propriété.

Pour pouvoir hypothéquer un immeuble il ne faut pas en être le propriétaire incommutable. L'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou résoluble ou rescindable suit le sort du droit sur lequel elle est assise : en un mot sa validité est subordonnée à la confirmation de la propriété Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. C'est ce qui résulte de l'art. 252 (L. F.) aux termes duquel « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision » (cpr. art. 2125 C. c.). Le droit de propriété du constituant est-il soumis à une condition suspensive (comme dans le cas de vente à réméré le droit du vendeur (2), ou à une condition résolutoire (comme dans

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II. 1.305 sur Aubry et Rau, III p. 261 § 266 texte et note 4. Laurent, XXX n° 469 et s. Colmet de Santerre, IX n° 92 *bis*, IV enseigne que « la convention n'est pas véritablement viciée en droit ; seulement elle « ne peut pas produire d'effet parce qu'elle nuirait aux « droits d'autrui. Mais quand cet obstacle disparaît, quand celui qui était le verus « dominus est désintéressé il n'y a pas de raison pour que la convention conti- « nue à être dénuée d'effets ». Pour M. Gillard (Hyp. Conv. n° 97) une semblable convention équivaudra à une promesse d'hypothèque lorsque les deux contractants savaient l'un et autre que l'immeuble n'est pas la propriété du constituant : celui-ci s'est porté fort d'obtenir que le propriétaire de l'immeuble consente l'hypothèque qu'il affecte à la garantie de sa dette (arg. art. 1.157 Code civil).

(2) La détermination de la nature du droit du vendeur pendant le délai du réméré soulève des difficultés. D'après la jurisprudence française le vendeur à faculté de rachat n'a *pendente conditione* qu'un droit personnel, 23 août 1871. D. 73. 1. 321 et la note de Cazalens. Voici les conséquences qu'elle déduit de ce principe : 1° Le vendeur à réméré n'étant pas propriétaire pendente conditione

le même cas le droit de l'acheteur) ou à une rescision (s'il s'agit par exemple d'une vente où il y a une lésion de plus des sept douzièmes) l'hypothèque dont il est l'assiette demeure sujette aux mêmes vicissitudes : la confirmation ou la résolution du droit de propriété du débiteur validera ou anéantira la garantie.

Mais ces diverses modalités — condition, résolution, rescision — n'affecteront par contre-coup l'hypothèque qu'à la condition d'avoir été rendues publiques par une mention au feuillet de l'immeuble et antérieurement à l'inscription de ladite sûreté : l'art. 252 in fine porte, en effet, que « cette disposition ne pourra toutefois conformément à l'art. 16 ci-dessus préjudicier aux droits que les créanciers hypothécaires de bonne foi auraient fait inscrire régulièrement».

Cette restriction finale constitue l'application pure et simple du principe de la force probante qui résulte implicitement de l'art. 16 (L. F.) et en vertu duquel, par le seul fait de son inscription sur le registre public aux lieu et place du précédent possesseur, le nouveau propriétaire et les tiers qui contractent avec lui sont absolument à l'abri de toute cause d'éviction non révélée par les énonciations du registre. En d'autres termes toute action fondée sur un droit non inscrit et dirigée contre le propriétaire indiqué comme tel sur le livre foncier ne saurait réfléchir contre

ne peut valablement consentir une seconde vente même conditionnelle de l'immeuble aliéné avec faculté de rachat : cette vente serait nulle comme s'appliquant à la chose d'autrui (art 1.599) Cass. 4 avril 1894 —, ou tout au plus équivaudrait à une cession virtuelle de la faculté de rachat, Grenoble, 17 février 1849 D. 51. 2. 235. Nîmes, 18 décembre 1849. D. 52. 2. 122. En ce sens AUBRY et RAU, IV § 357 textes et notes 39, 40 et s. p. 412 et III § 266 p. 265 ; 2° Le vendeur n'étant pas propriétaire pendente conditione ne peut pas hypothéquer l'immeuble qu'il a vendu sous réserve du réméré. Cass. 21 déc. 1825 S. 26. 1. 275 — Paris, 12 août 1871 S. 71. 2. 193. D. 73. 2. 133. En sens contraire la plupart des auteurs, qui considèrent le vendeur comme propriétaire sous condition suspensive pendant le délai du réméré (arg. art. 1.183) PONT, Priv. et Hyp. II n. 639 et 1286. — COLMET DE SANTERRE, V. n. 109 *bis* — LAURENT, XXIV n. 392 — BAUDRY-LACANTINERIE. De la vente et de l'échange n. 641.

les tiers, en l'espèce les créanciers hypothécaires qui ont contracté avec lui et conservé leur droit conformément à la loi.

Les auteurs de la loi de 1885 n'ont pas, toutefois, poussé à l'extrême le principe de la force probante des inscriptions du registre foncier et ils ont cherché à concilier les exigences du nouveau système avec les principes du droit commun. Aussi stipulent-ils que les créanciers hypothécaires ne pourront se prévaloir du caractère occulte de la condition et des causes de résolution ou de rescision qu'autant qu'ils ont contracté *de bonne foi* c'est-à-dire dans l'ignorance du vice qui frappe le droit de propriété de leur auteur : au cas contraire ils subiraient, quoique inscrits à un moment où les causes d'éviction ne s'étaient pas manifestées, l'effet rétroactif de la radiation du droit de propriété ultérieurement prononcée.

La loi, en décidant ainsi, met sur la même ligne la connaissance de fait et la connaissance de droit qui résulte de l'inscription. Il semble que son système n'a rien que de très équitable puisque, protégeant les tiers de bonne foi, il se refuse à couvrir les actes frauduleux. Malheureusement ce n'est là, croyons-nous, qu'une apparence, cette restriction n'étant guère en harmonie avec l'économie générale de la loi. En posant en principe que tout droit réel n'existe à l'égard des tiers que par une solennité extérieure, l'inscription, on a voulu dissiper toute incertitude sur la propriété et faire, à cet effet, des énonciations du livre foncier la base exclusive de détermination de l'état juridique d'un immeuble. Or, décider que la simple connaissance de fait peut suppléer à la connaissance légale, c'est faire renaître l'insécurité puisque les tiers, même de bonne foi, peuvent avoir à craindre la réflexion d'un droit non inscrit dont on déclarera qu'ils ont eu connaissance. La preuve de la connaissance de fait est, en effet, des plus élastiques et des plus arbitraires, la loi aggravant son système par l'absence d'in-

dication des éléments sur lesquels elle pourrait être établie. Dira-t-on que les tiers, en l'espèce les créanciers hypothécaires, sont de mauvaise foi parce qu'ils auraient appris par ouie-dire que la propriété de l'immeuble est viciée par une cause de résolution ou de rescision? ou bien faudrat-il qu'un écrit le démontrât? Quelle serait la limite à laquelle on devra s'arrêter pour décider s'il y a ou non connaissance et par suite mauvaise foi? Rien de plus incertain : quelle sécurité en résulte-t-il pour les tiers?

Notre solution d'ailleurs ne choque en aucune manière l'équité et ne prime pas la mauvaise foi. Celui qui a un droit de résolution ou de rescision est en faute de ne pas l'avoir inscrit d'autant plus que la loi foncière lui offre le moyen, en attendant la décision judiciaire à intervenir, de le sauvegarder provisoirement par une prénotation ; c'est donc à sa négligence qu'il devrait d'être lésé et la loi n'avait pas à prendre des mesures plus protectrices.

Quoiqu'il en soit sur ce point, lex statuit. Il va sans dire, toutefois, que la bonne foi se présume et que c'est à celui qui prétend que le créancier hypothécaire a eu, lors du contrat, connaissance de la condition, résolution ou rescision, à en apporter la preuve *actori incombit onus probandi.* Le tribunal a un plein pouvoir pour en apprécier la valeur *actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit.*

2° *Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner.* Aux termes de l'art. 250 qui reproduit textuellement l'art. 2124 du Code Civil « Les hypothèques volontaires ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ». La constitution d'hypothèque démembre, en effet, la propriété et, en tous cas, peut aboutir à l'expropriation forcée : hypothéquer c'est donc aliéner, tout au moins virtuellement, et l'incapacité d'aliéner entraîne donc celle d'hypothéquer. Mais quelle loi faut-

il considérer pour déterminer la capacité du constituant? Est-ce la loi du pays où le contrat est passé ou sa loi nationale? Il est admis unanimement aujourd'hui, et la jurisprudence des Tribunaux de Tunisie est en ce sens (1) que la capacité se rattache à l'organisation de la famille et comme telle est régie par la loi personnelle du constituant. Ce principe est constant en droit international et il trouve sa consécration dans l'art. 2 de la loi foncière qui réserve expressément, en matière de droits réels immobiliers, l'application du statut personnel des parties contractantes. « Ce sont en effet les lois relatives à la condition juridique « des personnes qui doivent, ainsi que le dit Montesquieu « pour les lois en général, être plus particulièrement con- « formes à la situation spéciale dans laquelle se trouvent « placés les habitants d'un pays. Pour fixer la majorité, « l'âge de la puberté, en un mot tout ce qui tient à l'état et « à la capacité des personnes, un législateur obéit fatale- « ment à certaines influences venant du climat, des tradi- « tions, de la religion, même des préjugés particuliers à son « pays : il est donc logique que les lois de cette nature « faites pour certaines personnes placées dans telle con- « dition déterminée, suivent ces dernières en tout lieu (2) ».

La capacité d'aliéner est donc régie en Tunisie par la loi nationale du constituant; cette règle se trouve corroborée pour les personnes de nationalité française par l'art. 3 § 3 du Code Civil ainsi conçu : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Remarquons que, d'après le Code

(1) Sur la question de principe, Alger 1re ch., 2 mai 1888 (R. A. 90.2.229), Alger, 18 février 1891 (R. A. 91-2.332) T. 1re ch., 23 novembre 1891 (R. A. 92.2.45), Tunis, 1re ch., 10 décembre 1894 (R. A. 95.2.129). On a admis l'effet des lois personnelles en matière de mariage T. 1re ch., 14 novembre 1889 de conventions matrimoniales T. 1re 16 novembre et 28 décembre 1891, de majorité T. 1re ch. 22 février 1892 — T. 2e ch. 17 février 1893.

(2) Frantz Despagnet, *Précis de Droit international privé*, n° 293, Audinet, *Principes de Droit international privé* n° 316.

Civil la femme, même séparée de biens, est incapable d'aliéner et par suite d'hypothéquer ses immeubles sans l'autorisation du mari ou de justice (1) à moins toutefois qu'elle ne soit commerçante auquel cas elle en a le pouvoir pour les besoins de sou commerce. Les mineurs non commerçants (art. 6,C. C.) même émancipés et les interdits ne peuvent aliéner leurs immeubles ni constituer par conséquent une hypothèque (art. 1124-502) ; il en est de même des personnes pourvues d'un conseil judiciaire : mais l'assistance de ce dernier les relève de leur incapacité. Les hypothèques consenties par ces incapables sont nulles, mais la nullité n'en est toutefois que relative : il leur appartient uniquement de s'en prévaloir à la condition toutefois que leur incapacité se trouve indiquée sur le registre foncier; la loi ne le dit pas expressément mais cela résulte de ses principes de la publicité et de la force probante (art. 243 L. F.).

Aux termes de l'art. 253 (L. F.) « Les biens des mineurs et des interdits et ceux des absents tant que la possession n'en est déférée que provisoirement ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi ». Laquelle ? La réponse ne saurait être douteuse : c'est encore par la loi nationale de ces personnes que l'on déterminera les formalités exigées pour que leurs biens puissent être hypothéqués; ces formalités constituent, en effet, des mesures de protection et comme telles se lient à la capacité dont elles forment même le complément indispensable. Ainsi il ne peut être constitué d'hypothèque sur les biens d'un mineur ou interdit français que lorsque le tuteur a préalablement obtenu l'autorisation du conseil de famille et accompli les prescriptions exigées par les art. 457, 458 et 509 du Code Civil; en ce qui concerne la per-

(1) D'après la loi du 6 février 1893 (nouvel art. 311 C. C.) la femme séparée de corps reprend le plein exercice de sa capacité civile et n'est astreinte à aucune autorisation.

sonne en état de déclaration d'absence les art. 128 et 2126 combinés du Code Civil permettent aux envoyés en possession provisoire d'hypothèquer ses biens en vertu d'une autorisation judiciaire.

3° *L'hypothèque volontaire doit être spécialisée :* le contrat hypothécaire contiendra, à peine de nullité de l'hypothèque, d'une part l'indication des immeubles grevés et d'autre part, celle du montant de la créance garantie : spécialité quant au gage hypothécaire, spécialité quant à la créance hypothécaire. Nous examinons ci-après l'application de cette règle à l'hypothèque conventionnelle et à l'hypothèque testamentaire.

L'hypothèque volontaire peut-elle résulter d'un acte passé en pays étranger? L'art. 2128 du Code Civil résout négativement la question et sa disposition est unanimement critiquée : on ne comprend pas, en effet, qu'une vente ou une donation de biens situés en France soit valablement faite par un acte passé en pays étranger et qu'il en soit décidé autrement de l'hypothèque qui n'est qu'une aliénation partielle. Aussi la loi tunisienne de 1885 y a-t-elle dérogé et posé le principe contraire : l'art. 251 porte, en effet, que les écrits faits en pays étrangers peuvent donner hypothèque sur des immeubles sis en Tunisie, à condition de se conformer aux dispositions de la présente loi ». C'est là l'application pure et simple de la règle locus regit actum non reconnue par l'art. 2128 du Code Civil en matière hypothécaire. Du texte de l'art. 251 (L. F.) il résulte, en un mot, que le propriétaire d'un bien situé en Tunisie peut l'hypothéquer par un acte passé en pays étranger.

§ II° — Diverses espèces de l'Hypothèque volontaire

L'hypothèque volontaire, au point de vue de l'acte qui lui donne naissance, comprend l'hypothèque testamentaire et l'hypothèque contractuelle (art. 254-258).

I. — DE L'HYPOTHÈQUE TESTAMENTAIRE

Un seul texte est consacré par la loi foncière à l'hypothèque testamentaire, l'art. 254 qui la définit, en indique l'objet et détermine l'acte qui doit la contenir. Aux termes de cette disposition « l'hypothèque testamentaire est celle qui est établie pour un chiffre déterminé, par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés dans le testament pour garantir les legs par lui faits. » Cette hypothèque, inconnue du droit français (1) a été empruntée par les auteurs de la loi de 1885 à la loi belge du 16 décembre 1851 (2).

Elle doit trouver place, ainsi que son nom l'indique, dans un testament quelle qu'en soit la forme, authentique, olographe ou mystique; il va sans dire que la validité du testament, à cet égard, s'apprécie d'après les règles de la loi nationale du testateur combinées avec la règle Locus regit actum.

L'objet de l'hypothèque testamentaire est indiqué par l'art. 254 : elle pourra être stipulée pour la garantie des *legs* faits par le testateur c'est-à-dire de toute disposition testamentaire ayant le caractère de libéralité.

(1) On admet généralement en droit français par argument de l'art. 1017 C. C. une hypothèque légale au profit du légataire (Conf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. 2 n° 966 p. 61. GUILLOUARD, op. cit. n° 691).

(2) La loi belge donne de l'hypothèque testamentaire une définition incomplète, « c'est celle, dit l'art. 44 de la loi du 16 décembre 1851, qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés pour la garantie des legs par lui faits. » La loi foncière l'a complétée en stipulant la spécialisation quant à la somme garantie (arg. des mots « pour un chiffre déterminé »).

Comme toutes les hypothèques reconnues par la loi foncière, l'hypothèque testamentaire est soumise au double principe de la spécialité et de la publicité. La première devra être réalisée quant au montant du legs et quant au gage hypothécaire : le testament indiquera « le chiffre » que l'hypothèque est appelée à garantir et « le ou les immeubles » qui en seront affectés. Cette double désignation s'effectuera conformément aux règles mentionnées dans les art. 255 et 257 relatifs à l'hypothèque conventionnelle qui constituent les principes généraux qui régissent cette matière de notre système hypothécaire. La loi foncière ne contient pas de disposition spéciale prescrivant la publicité de l'hypothèque testamentaire ; il n'en faut pas conclure qu'elle y soit soustraite : il y a lieu de lui appliquer le principe général et absolu posé en l'art. 342 d'après lequel « tout droit réel relatif à un immeuble déjà immatriculé n'existera à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription sur le titre par le conservateur... » (V. encore art. 361, L.F.)

L'hypothèque testamentaire a pour effet de créer un droit de préférence entre les légataires et non de préférer ces derniers aux créanciers du défunt : les legs constituent une libéralité octroyée par le de cujus et comme telle ne peuvent être acquittés que si les créanciers de la succession ont été préalablement désintéressés nemo liberalis nisi liberatus. C'est dire par là même et en d'autres termes que l'hypothèque testamentaire, droit réel accessoire sur des immeubles affectés au payement des legs, n'a pas pour conséquence de faire primer les créanciers du de cujus par le légataire mais simplement d'établir un droit de préférence à son profit dans ses rapports avec les autres légataires et les créanciers personnels des héritiers.

II. — DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

L'hypothèque conventionnelle est celle qui trouve sa source dans la convention des parties : sous l'empire de la

loi de 1885 qui déroge sur ce point au Code Civil, la stipulation qui la contient n'est astreinte à aucune condition de forme et il est exigé comme conditions de fond la qualité de propriétaire chez le constituant, sa capacité d'aliéner et la spécialité. La loi foncière sous la rubrique « hypothèque conventionnelle » et dans ses articles 255 et 257 s'occupe particulièrement de la spécialité et en détermine l'étendue et les effets.

La spécialité consiste en ce que l'hypothèque doit être consentie sur un immeuble ou sur plusieurs immeubles, particulièrement et distinctement désignés. Mais une spécialité aussi restreinte ne présenterait pas l'utilité que l'on y cherche : il importe peu, en effet, aux tiers qui veulent connaître l'étendue du crédit d'une personne de constater qu'une hypothèque grève son ou ses immeubles s'il ne leur est pas également indiqué dans quelle proportion elle les grève. Aussi la spécialité quant au gage hypothécaire a-t-elle pour corollaire la spécialité quant à la dette, et entraîne comme conséquence que la créance garantie par l'hypothèque doit être pareillement déterminée et précisée dans l'acte de constitution. C'est sous ce double aspect que la loi de 1885 envisage cette spécialité. Celle-ci est exigée à peine de nullité du contrat hypothécaire « il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable et pouvant en conséquence être inscrite » disent les art. 255 et 557 en termes énergiques qui ne sauraient laisser de doute à cet égard. Remarquons que ces dispositions établissent un lien étroit entre la spécialité et la publicité et cela se comprend aisément : l'acte d'où procède d'hypothèque étant nul pour défaut de spécialité ne peut produire d'effets ni servir notamment de base à la publicité.

Aux termes de l'art. 255 « il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable et pouvant en conséquence être inscrite que celle qui soit dans le titre constitutif, soit dans un titre postérieur, déclare spécialement la nature et la situation

des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance ». Cette disposition, qui reproduit, avec quelques modifications nécessitées par la nouvelle organisation foncière, l'art. 2129, C. C. expose les règles de réalisation de la spécialité quant au gage hypothécaire : 1° indication de la nature des immeubles hypothéqués (propriété bâtie ou non bâtie et dans ce dernier cas la nature du terrain : terres labourables, bois, prés, vignes...), 2° indication de la situation.

Cette individualisation du bien grevé ne saurait soulever de difficultés sous l'empire de la loi foncière où tout immeuble immatriculé est par cela même déterminé physiquement et juridiquement (art. 44 et 45) ; ces indications, reproduites d'ailleurs d'une manière complète dans la copie du titre remise à tout propriétaire, seront les éléments à l'aide desquels s'effectuera la spécialisation dans le contrat hypothécaire. Mais il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, d'y mentionner le nom donné à l'immeuble par le propriétaire lors de l'immatriculation ni le numéro d'ordre sous lequel il est inscrit dans les registres de la Conservation de la propriété foncière.

Le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire ne s'oppose pas, il faut le remarquer, à ce qu'une personne affecte hypothécairement tous ses biens présents mais la validité d'une semblable convention est subordonnée à la détermination individuelle de la nature et de la situation de chacun des immeubles, sur lesquels porte l'hypothèque de la créance.

Si tous les biens présents sont susceptibles d'être grevés il n'en est pas de même, toutefois, des biens à venir : la loi foncière n'a pas jugé utile de le dire expressément et ce, avec juste raison, cette solution découlant tout naturellement du principe de la spécialité qu'elle pose en termes absolus en l'article 255 et de son économie générale. Il s'ensuit notamment que les prescriptions de l'arti-

cle 2130 du Code Civil relatif à ces sortes de biens, demeurent en dehors de toute application, sous son empire, comme contraires aux dispositions de la nouvelle loi (arg. art. 2. L. F).

L'art. 257 porte : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable et ne peut en conséquence être inscrite qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte ». C'est là la spécialité quant à la créance hypothécaire et le texte l'exige comme la précédente aussi bien dans l'acte constitutif que dans l'inscription. En droit français, lorsque la créance est indéterminée le créancier est autorisé à requérir l'inscription pour une somme par lui fixé sauf, si elle est excessive, le droit pour le créancier d'en demander la réduction (art. 2132) : la spécialité en d'autres termes ne doit pas nécessairement être accomplie dans le contrat hypothécaire, il suffit qu'elle soit réalisée dans l'inscription. L'article 257, au contraire, impose la spécialité à la fois dans l'acte constitutif et dans l'inscription : il appartiendra par conséquent aux parties d'effectuer d'un commun accord l'évaluation.

Lorsque la créance est conditionnelle mention de la condition doit être faite dans l'inscription : c'est ce qui est porté en l'art. 257 in fine. Il était inutile de le dire, cette prescription résultant des principes généraux de la loi ; en tous cas il eût été plus méthodique de la placer dans le chapitre de la publicité.

L'article 256 prévoit l'hypothèse où les biens qui, lors du contrat étaient suffisants pour la sûreté du créancier deviennent insuffisants par la suite et règle ainsi qu'il suit la situation respective des parties : « Si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance ». La loi, comme on le voit, ne

distingue pas si les dégradations proviennent ou non de la faute du débiteur : dans l'un et l'autre cas elle autorise le créancier à contraindre le débiteur à la restitution de la somme due. On comprend aisément cette solution lorsque le débiteur est en faute : il y aurait là l'application de cette règle d'équité contenue dans l'art. 1188 du Code Civil aux termes duquel « le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque *par son fait* il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Mais elle paraît injuste lorsque le gage hypothécaire a péri ou a été diminué par cas fortuit. Cependant il y a de cela comme le dit Laurent (1) une raison juridique qui est décisive « c'est que l'hypothèque est la « condition sous laquelle il a fait des avances ; sans la ga- « rantie hypothécaire il n'aurait pas contracté ; donc si « cette garantie est détruite ou si elle est diminuée le « créancier doit avoir le droit de demander la résolution « du contrat c'est-à-dire d'exiger le remboursement de sa « créance. Peu importe que le débiteur ne soit pas en fau- « te ; il n'en est pas moins vrai qu'il ne peut pas profiter « d'un contrat que le créancier n'aurait point consenti « sans garantie réelle ».

Toutefois la rigueur de cette solution est tempérée par la faculté accordée au débiteur, dans le cas où la perte ou les dégradations ne résultent pas de son fait, de pouvoir imposer au créancier une hypothèque supplémentaire « Néanmoins, dit l'art. 256 en son deuxième paragraphe, le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque, si la perte ou les dégradations ont eu lieu sans sa faute. » Mais ce supplément d'hypothèque est *in facultate debitoris* : en cas d'insuffisance de l'hypothèque et quelle qu'en soit la cause le créancier n'a que la seule ressource de demander la résolution du contrat, il ne pourra

(1) LAURENT, *principes de Code Civil*, XXX n° 516 et s.

nullement contraindre le débiteur à fournir une nouvelle garantie (arg. des mots sera admis art. 256 § 2 — cpr. art. 2131 C. c.). La question est controversée en droit français(1).

Le supplément d'hypothèque, que le débiteur est en droit d'imposer au créancier, constitue, il est à peine besoin de le dire, une nouvelle hypothèque : la rédaction d'un nouvel acte est nécessaire et, conformément au droit commun, cette hypothèque prendra rang à l'égard des tiers du jour de son inscription (art. 342-343 L. F.).

Le droit du créancier au remboursement de la dette est subordonné par l'art. 256 à certaines conditions :

1° Il faut que la diminution des sûretés soit le résultat d'une perte ou d'une dégradation matérielle du gage hypothécaire. Quand y a-t-il perte ou dégradation ? C'est là une question de fait : aussi la loi ne donne-t-elle aucune règle fixe à cet égard et abandonne-t-elle à l'appréciation souveraine du juge le soin de la trancher. « L'insuffisance, dit Troplong (2) doit être constatée soit par le consentement des parties, soit par un jugement, soit par une expertise. » Mais il y a lieu de remarquer que l'art. 256 envisage la dépréciation matérielle, celle qui frapperait, pour ainsi dire, l'immeuble en lui-même et non celle qui serait la conséquence d'une baisse générale de la valeur des immeubles : celle-ci a dû entrer dans les calculs du créancier (3).

L'incendie qui détruit l'immeuble hypothéqué constitue incontestablement un événement en vertu duquel le créan-

(1) La difficulté naît du texte de l'art. 2131 du Code Civil qui semble laisser un choix au créancier en disant qu' « il pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. » On décide généralement que le choix appartient au débiteur. Cpr., en sens divers, Aubry et Rau, III, p. 435, § 286, texte et note 26. — Colmet de Santerre, IX, n. 98 *bis*, II. — Aucun doute n'est possible à cet égard dans la loi tunisienne dont le texte dit formellement ; « néanmoins le débiteur sera admis. »

(2) Troplong, Comm. Code civil II n. 451.

(3) Sur le principe V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Priv. et Hyp. II n° 1392 et s. Aubry et Rau, p. 436 § 286 — Laurent, XXX n. 517.

cier pourra se prévaloir de la disposition de l'art. 256. Mais que faut-il décider si l'immeuble était assuré ? D'après l'art. 2 de la loi du 19 février 1889, qui est applicable en Tunisie comme n'étant pas contraire aux dispositions de la loi foncière (arg. art 2), le droit de préférence du créancier hypothécaire se trouve transporté sur l'indemnité payée par la Compagnie d'assurances. On a proposé dès lors de résoudre la question par une distinction : le créancier aura le droit de demander la résolution du contrat dans le cas où l'immeuble est insuffisamment assuré, où, par suite, l'indemnité ne forme pas la contre-valeur de l'immeuble détruit ; dans l'hypothèse contraire, on ne saurait donner ce droit au créancier puisqu'il est pleinement sauvegardé (1).

2° Il faut que la diminution ait pour conséquence de rendre le gage insuffisant pour la sûreté du créancier : cela est dit en termes exprès par l'art. 256. Mais l'insufffsance ne constituerait pas une cause de résolution de la convention hypothécaire lorsqu'elle provient de l'exercice d'actes qui entraient dans les prévisions des parties contractantes comme, par exemple, les coupes faites aux époques normales, par le débiteur, du bois taillis ou de la futaie aménagée donnés en hypothèque. Il y a là l'exercice pur et simple du droit de jouissance du débiteur que cette garantie n'a pas pour effet d'entraver.

3° Il faut enfin que les dégradations soient postérieures au contrat hypothécaire : le texte de l'art. 256 ne laisse pas de place au doute puisqu'il parle d'immeubles « *devenus* insuffisants pour la sûreté du créancier ».

L'art. 256 est placé, par la loi foncière dans la section de « l'hypothèque conventionnelle » : nous ne croyons pas qu'il en faille conclure que sa disposition est restrictive et

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. n° 1395 et s.

ne s'étend pas aux hypothèques testamentaires et forcées. Les règles qu'elle prescrit tiennent, en effet, à la spécialité et non à la nature de l'hypothèque : c'est parce que cette garantie est spéciale, parce qu'elle porte uniquement sur des biens déterminés que la loi a pris, en l'art. 256, des mesures de protection en faveur du créancier, pour faire respecter la loi du contrat. Or les hypothèques forcées et testamentaires, comme les hypothèques conventionnelles, présentent le même caractère sous l'empire de notre législation ; elles sont essentiellement spéciales et doivent à ce titre et par identité de motifs entrer dans les termes de la disposition précitée.

Forme de l'hypothèque conventionnelle

Aucune condition de forme n'est prescrite par la loi du 1er juillet 1885 pour la validité de l'hypothèque : elle peut être valablement constituée par un acte authentique ou sous-seing privé et être admise sous cette dernière forme au bénéfice de l'inscription.

Une promesse d'hypothèque est également valable, sauf la difficulté quant à la preuve. Mais en la supposant prouvée il importe, et la question présente un intérêt pratique autant que théorique, d'en déterminer l'effet dans le cas où le débiteur refuse de l'exécuter, c'est-à-dire de la constater par écrit, condition essentielle de son inscription. En droit français où la solennité est exigée à peine d'inexistence de l'hypothèque le créancier pourrait obtenir un jugement de condamnation duquel il résultera, à son profit, une hypothèque judiciaire portant sur les biens présents et à venir du débiteur (arg. art. 2123 C. C.). Il n'en peut plus être de même sous l'empire de la loi foncière qui n'admet pas l'hypothèque judiciaire. Le problème doit, à notre avis, être résolu d'après les principes du droit commun : l'obligation à laquelle le débiteur se soumet par cette promesse est une

obligation de faire qu'il doit remplir en reconnaissant l'hypothèque par écrit et qui, comme telle, se résout en cas d'inéxécution en dommages-intérêts (art. 1142 C. Civil). Le jugement à intervenir condamnera par conséquent le débiteur à exécuter son engagement et éventuellement à des dommages-intérêts. Il va sans dire, toutefois, que dans le cas où la promesse d'hypothèque avait accompagné l'obligation principale, le créancier pourrait en outre demander la résolution du contrat, l'hypothèque ayant été une condition de sa passation (arg. a fortiori art. 256 L. F. 2131 et 1184 Code Civil).

L'absence d'organisation du notariat en Tunisie semble avoir été le motif pour lequel, à l'instar du Real Property act et à la différence de toutes les autres législations fondées sur les livres fonciers, la loi de 1885 s'est départie de toute exigence relativement à la forme de l'hypothèque. Mais il faut se féliciter de cette liberté laissée aux contractants : en même temps qu'elle facilite la transmission des créances hypothécaires la forme sous-seing-privé a été et est pour les emprunts de minime importance d'un notable allégement. L'expérience a démontré, d'autre part, que l'on a grossi outre mesure, dans les discussions doctrinales, les dangers des actes sous-seing privé en les présentant comme pouvant être l'œuvre de faussaires et comme la source la plus féconde de procès, à raison des obscurités et des irrégularités qu'ils sont appelés à contenir de par l'ignorance de leurs rédacteurs.

Il n'y a donc aucune raison grave pour modifier cet état de choses. La loi foncière tunisienne a d'ailleurs largement suppléé aux plus sérieux avantages de l'authenticité en soumettant l'inscription des actes sous seing privé à des conditions rigoureuses, en décidant qu'aucune demande de publicité ne saurait être admise si elle ne se trouve justifiée sous le triple rapport de l'identité des contractants (légalisation des signatures, reconnaissance de l'écrit en pré-

sence de témoins) de leur capacité et de la régularité de l'acte.

De l'hypothèque consentie pour un crédit ouvert

L'ouverture de crédit, dit M. Baudry-Lacantinerie (1) est le contrat par lequel une personne *le créditeur* (généralement un banquier) s'oblige à fournir des fonds à une autre personne *le crédité*, au fur et à mesure des demandes que celui-ci lui adressera et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Ordinairement, ajoute le savant auteur, la convention limite le temps pendant lequel le créditeur s'oblige ainsi à tenir des fonds à la disposition du crédité; ce contrat n'engendre qu'une créance *éventuelle* au profit du créditeur car il dépend du crédité de ne pas faire naître la créance en n'usant pas du crédit.

A raison de cette particularité, la question de savoir si une telle obligation peut servir de fondement à une constitution d'hypothèque est controversée en droit français. On a soutenu que le droit principal, la créance, était nul comme subordonné à une condition purement protestative si voluero et que, par suite, l'hypothèque, droit accessoire, était frappée du même vice accessorium sequitur principale. Cette opinion n'a pas prévalu : la plupart des auteurs et la jurisprudence envisageant cette obligation comme une dette future en admettent la validité ainsi que celle de l'hypothèque qui la garantit.

La question ne présente d'ailleurs plus d'intérêt dans la loi foncière, qui a tranché toute controverse en consacrant expressément l'opinion prédominante en droit français. Aux termes de l'art. 258 (L. F.), en effet « l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir, est

(1) *Précis de Droit civil*, II n. 1576.

valable, et peut en conséquence être inscrite ». Cette prescription est rationnelle : comme le dit fort bien Laurent dans l'ouverture de crédit « le futur prêteur, le banquier, contracte une obligation actuelle, celle de tenir à la disposition du crédité la somme pour laquelle le crédit a été ouvert : le banquier ne peut plus en disposer. Cette obligation étant actuelle, il est juste que le banquier ait une garantie dès l'ouverture du crédit puisque dès ce moment il se prive de la disposition de la somme qu'il tient en dépôt et que le crédité peut lui réclamer le jour même du contrat ».

L'hypothèque consentie pour la sûreté d'un crédit ouvert est soumise aux conditions de constitution de l'hypothèque volontaire, exposées en ce chapitre. L'art. 258 (L.F.) en mentionne une qui lui est particulière et qui résulte de la nature de l'obligation qu'elle est appelée à garantir : d'après cette disposition, l'hypothèque ne peut être consentie pour la sûreté d'un crédit ouvert qu'à concurrence d'une somme déterminée *que le créditeur s'oblige à fournir*. Cette condition ne signifie pas seulement que dans la convention d'ouverture de crédit le créditeur doit s'obliger à fournir la somme promise : cela allait de soi, étant de l'essence de ce contrat. Elle veut dire également et surtout que le créditeur ne peut s'y réserver la faculté de revenir sur son engagement, de refuser, s'il lui convient de payer les fonds. Une semblable stipulation serait, en effet, la négation de l'ouverture de crédit et constituerait une condition protestative de la part de celui qui s'oblige, en l'espèce le créditeur, et comme telle annulerait la convention, aux termes de l'art. 1174 du Code Civil : l'hypothèque ne saurait, par suite, être valablement constituée. Il faut, pour que cette sûreté ne soit pas viciée dans son existence, que la prestation soit obligatoire pour le créditeur, le débiteur en cette convention, il faut, comme le dit l'art. 258 (L. F.), que celui-

ci « s'oblige ». Or ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut *Nulla promissio protest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit.* Il importe, toutefois, de ne pas pousser l'application de cette règle à l'absolu ; le créditeur, par exemple, pourrait valablement se réserver le droit de *restreindre* le crédit ouvert : dans cette hypothèse l'obligation peut recevoir un commencement d'exécution et, dès lors, être garantie par une hypothèque.

La question du rang de l'hypothéque constituée pour la sûreté d'un crédit ouvert est controversée en droit français. La loi foncière l'a résolue par la détermination suivante : « elle prend rang à la date de son inscription sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds (art. 258) ». Ainsi, l'inscription conserve l'hypothèque au jour où elle a été effectuée, pour toute la somme que le créditeur s'est obligé à fournir sans qu'il y ait lieu de tenir compte des époques où les avances ont été faites ; l'hypothèque, en d'autres termes, n'aura pas un rang différent, variable suivant chaque avance, mais un rang unique pour leur montant total : celui de son inscription. Il s'ensuit que l'hypothèque peut précéder la créance et exister à un moment où celle-ci n'est pas encore née. Cette conséquence, si elle n'est pas conforme au droit pur, répond à des besoins économiques essentiels : l'hypothèque serait illusoire si elle ne garantissait les avances qu'au jour de leur remise puisque le créancier se trouverait à la merci des aliénations ou des hypothèques consenties pendant l'intervalle qui s'écoule entre les remises de fond.

L'hypothèque stipulée pour la sûreté d'un crédit ne garantit au jour de son inscription, comme nous venons de le voir, que l'acquittement de la somme pour laquelle il a été ouvert. Mais si elle ne s'étend pas au-delà de celle-ci elle se limitera, lorsque le crédit n'a pas été entièrement épuisé, à la portion jusqu'à concurrence de laquelle il a

été réalisé. Pour apprécier le montant de la somme que l'hypothèque doit effectivement garantir on se placera, par conséquent, au moment où, en fait, le crédit vient à être clos : c'est le cas visé par l'art. 258 qui suppose que la convention ne limite pas le temps pendant lequel le crédit recevra son exécution.

Il doit en être décidé autrement lorsque l'ouverture de crédit a été consentie pour une période déterminée : dans cette hypothèse, l'hypothèque ne s'appliquera qu'à l'ensemble des avances payées, envisagé à l'expiration du terme ; le droit de préférence du créditeur ne pourra s'exercer pour les avances postérieurement effectuées, alors même que ces dernières, totalisées avec les précédentes, n'excéderaient point le chiffre déterminé par la convention originaire (1). Par l'expiration du terme celle-ci ne produit plus d'effets ; la prorogation du terme constitue en réalité, un contractus novus, étranger aux tiers, pour lequel une nouvelle hypothèque est nécessaire pour engendrer un droit de préférence.

(1) La doctrine et la jurisprudence françaises sont en ce sens. — GILLARD. Constit. H. Con. n. 314. — AUBRY et RAU III p. 282 § 266. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. Priv. et H. II n. 1280 et s. — PONT, II n. 1715. — Paris 21 décembre 1852, S. 53. 2. 5. D. 53. 2. 81. Cass. 23 mars 1874, S. 74. 1. 355. D. 74. 1. 316. Il est toutefois admis, par application des principes généraux, que l'hypothèque constituée pour la sûreté d'un crédit ouvert à terme, contre remise d'effets de commerce, s'étend aux effets postérieurs à cette époque s'il est démontré que ce ne sont que des renouvellements, sans novation, d'effets antérieurs. GILLARD, op. cit. n. 315. Cass. 9 mars 1869, S. 69. 1. 263. — D. 69. 1, 398.

APPENDICE

DES PRIVILÈGES

(Titre X. Loi foncière)

L'adoption du principe de publicité absolue comme l'une des bases essentielles de la loi nouvelle entraînait une conséquence nécessaire : la suppression des privilèges. Dès lors que tout droit réel n'existe à l'égard des tiers que par le fait de l'inscription les privilèges perdaient toute raison d'être; il est, en effet, de leur essence et cela résulte de la définition même qu'en donne l'art. 228 (L. F.) d'engendrer un droit de préférence supérieur à tout autre, dont le rang se détermine non par une considération de date mais par la qualité de la créance à laquelle il est attaché. *Privilegia non ex tempore œstimantur sed ex causa* (L. 32. D., De reb. auct. jud. possi.) Ils ne pouvaient dès lors trouver place dans une législation fondée sur le principe contraire.

La loi foncière n'a pas cependant été fidèle d'une manière complète à l'application de la règle de la publicité et a admis trois privilèges ou plus exactement deux, celui du crédi-rentier de l'enzel ne méritant pas une telle dénomination.

Comme l'art. 2095 du Code Civil, la loi foncière définit le privilège « un droit réel immobilier que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires » (art. 228). Les créances auxquelles cette garantie légale est attachée sont les suivantes et s'exercent dans l'ordre de leur indication :

1° Les frais de justice ;

2° Les droits du Trésor;

3° Les arrérages dus au crédi-rentier de l'enzel.

Certains caractères sont communs aux privilèges des frais de justice et des droits du Trésor : en premier lieu ils ne s'exercent sur le prix des immeubles que d'une manière subsidiaire, qu'autant que celui du mobilier se trouve insuffisant pour les désintéresser (art. 230); d'un autre côté ils sont dispensés de toute inscription : quoique non révélés aux tiers ils priment les créances hypothécaires et les arrérages du crédi-rentier de l'enzel (art. 229).

Sous l'empire du Code Civil tous les privilèges généraux sur les meubles énumérés en l'art. 2101 présentent ces particularités et il en résulte une cause sérieuse d'insécurité pour les tiers. « S'il est vrai comme le dit M. Besson, que chacune de ces dettes privilégiées ne sont ordinairement que d'une faible importance il est également certain qu'en se superposant les unes aux autres elles peuvent atteindre un chiffre élevé et absorber une partie du gage hypothécaire au détriment des créanciers inscrits qui n'avaient, lors de leur contrat, aucun moyen de prévoir une telle éventualité. Or, ne vaut-il pas mieux pourvoir complétement à la garantie des prêts hypothécaires qui soutiennent le crédit agricole que de favoriser outre mesure et aux dépens de l'intérêt général une classe restreinte de créanciers privilégiés ? » C'est ce qu'ont pensé les auteurs de la loi foncière en limitant, à raison de leur caractère favorable et de leur très minime importance, aux créances des frais de justice et des droits du Trésor, les privilèges mobiliers qui s'étendent sur les immeubles et priment les créances hypothécaires.

La loi foncière parle d'un autre privilège immobilier : celui accordé au crédi-rentier de l'enzel pour la garantie de l'acquittement des arrérages qui lui sont dûs (art. 229-3°). Mais à la différence des privilèges des frais de justice et des droits du Trésor, le privilège du crédi-rentier est assujetti à l'inscription (art. 228) et n'est opposable aux tiers que du jour où cette formalité a été effectuée. En d'autres

termes c'est la date des inscriptions qui détermine le rang du privilège : en cas de conflit avec des créances hypothécaires le classement se fera d'après l'ordre des inscriptions mentionnées sur le registre indistinctement et sans égard à la nature de la garantie, privilèges ou hypothèques ou antichrèses. C'est pourquoi, comme nous avons tenu à l'indiquer au début, nous croyons juridiquement inexacte la dénomination de privilège donnée à la sûreté attachée à la créance du crédi-enzeliste. Elle est puremedt et simplement une hypothèque forcée, c'est-à-dire une hypothèque que le crédi-enzeliste a le droit d'imposer au débi-rentier. Ce qui, en effet, distingue d'une manière caractéristique l'hypothèque du véritable privilège, c'est la nature de la considération qui préside à la détermination du rang, considération de la qualité de la créance quand il s'agit de privilège, considération de la date de l'inscription pour l'hypothèque. Or, n'est-ce pas la règle prior tempore, potior jure qui est la base de la fixation du rang occupé dans l'ordre par ce que l'art. 229-3° appelle le privilège du crédi-rentier de l'enzel ?

Mentionnons en terminant la disposition de l'art. 358 (L. F.) aux termes de laquelle « Le privilège du crédi-rentier de l'enzel sera inscrit d'office par le conservateur au moment de l'immatriculation de l'immeuble, ou au moment du dépôt de l'acte constitutif de l'enzel sur un immeuble déjà immatriculé ou à la requête du crédi-rentier ».

CHAPITRE III

DU RANG DES HYPOTHÈQUES ENTRE ELLES

Aux termes de l'art. 259 (L. F.) « l'hypothèque soit volontaire soit forcée *n'existe à l'égard des tiers* et n'a *rang entre les créanciers* que du jour de l'inscription prise dans la forme et de la manière prescrites par la présente loi ».

Entre les parties contractantes l'hypothèque existe par le seul fait du consentement : l'inscription n'en est ordonnée que pour la rendre opposable aux tiers, tel est le principe posé par la loi foncière à l'instar du Code civil et à la différence des législations germanique et australienne où elle a cependant été puisée (1).

En même temps qu'elle assure son efficacité à l'égard des tiers, l'inscription constitue le moyen de déterminer le rang de l'hypothèque c'est-à-dire la place qui revient à un créancier hypothécaire dans la procédure de la distribution des fonds provenant du prix d'adjudication de l'immeuble grevé par rapport à d'autres créanciers hypothécaires. Comme en droit français, c'est l'inscription qui fixe le rang de l'hypothèque : de sa date dépendra la place qu'elle occupera dans l'ordre. Le créancier premier inscrit sera colloqué au premier rang pour la totalité de sa créance par préférence au créancier inscrit en deuxième ligne ; celui-ci primera le créancier postérieurement inscrit et ainsi de suite. Il n'y a pas à tenir compte de la date des créances ni de celle des titres constitutifs d'hypothèques et il importe peu que la sûreté soit stipulée sous con-

(1) V. INFRA, de la publicité des Hypothèques, chapitre VII.

dition suspensive ou qu'elle garantisse une créance conditionnelle ou même éventuelle, comme une ouverture de crédit : dans tous les cas c'est le jour où l'inscription a été effectuée qui détermine le rang de l'hypothèque. Et ce principe se présente avec un caractère absolu que l'on ne rencontre pas dans le Code civil : conventionnelle, testamentaire ou forcée l'hypothèque n'a rang que par la date de son inscription. La loi foncière a ainsi réprouvé les exceptions du droit français relatives aux hypothèques légales que l'expérience indique comme dangereuses pour la sécurité et le développement du crédit.

L'article 260 (L. F.) prévoit l'hypothèse où deux créanciers hypothécaires prennent inscription le même jour sur le même immeuble et il tranche le conflit, qui peut s'élever entre eux lors de la distribution des deniers, en décidant que « tous les créanciers inscrits le même jour exercent *en concurrence* une hypothèque de la même date sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur ». Cette solution n'est pas en harmonie avec les règles de la loi nouvelle qui prescrit au conservateur de tenir « un registre de dépôts où seront constatées par numéro d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront les remises..... des documents à fin d'inscription..... art. 344-2° ». Avec une telle organisation, en effet, il ne peut y avoir équivoque ou incertitude sur le point de savoir lequel des deux créanciers s'est présenté le premier. Rien ne justifie donc la grave atteinte portée au droit hypothécaire du premier inscrit par l'art. 260 d'autant plus qu'elle peut avoir pour résultat de couvrir une fraude du débiteur qui, pour nuire au premier créancier, pourrait consentir une hypothèque le jour même : le législateur eût mieux fait de n'apporter aucune restriction à cette règle protectrice d'après laquelle les inscriptions déterminent, au moment où elles ont été effectuées, le rang des hypothèques entre elles.

CHAPITRE IV

DE L'EFFET DES HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS

L'hypothèque de la loi foncière, comme celle du droit français, engendre deux droits au profit de son bénéficiaire : un droit de préférence dont l'exercice suppose un conflit entre un créancier hypothécaire et des créanciers chirographaires ou même hypothécaires d'un rang inférieur, un droit de suite complément et auxiliaire nécessaires du droit de préférence en vertu duquel, d'après les termes mêmes de l'art. 261, le créancier peut suivre l'immeuble en quelques mains qu'il passe. Il s'agit dans le chapitre IV de la loi foncière du droit de suite et les art. 261 à 272 en examinent les cas d'application, les conditions requises pour son exercice et ses effets contre les tiers détenteurs. La plupart de ces dispositions sont la reproduction presque intégrale des articles du Code civil relatifs à cette matière : nous en présentons néanmoins un exposé étant données certaines modifications importantes y apportées et nécessitées par l'adoption d'un régime hypothécaire fondé sur des bases nouvelles.

La mise en mouvement du droit de suite implique un *tiers détenteur :* on désigne sous ce nom « tout individu qui détient à titre non précaire la totalité ou une partie du fonds grevé de l'hypothèque sans être obligé personnellement envers le créancier au payement de la dette, par exemple l'acheteur ou le donataire du fonds : c'est un détenteur *tiers* c'est-à-dire étranger à la dette. Le tiers déten-

teur n'est donc pas poursuivi comme débiteur ; ce n'est pas lui qui doit, c'est l'immeuble res non persona debet (1) ».

Par tiers détenteur, sujet passif du droit de suite, la loi entend non-seulement l'acquéreur de la propriété du bien grevé mais aussi celui d'un droit opérant un démembrement de la propriété.

Que faut-il décider des baux consentis par le propriétaire ? Si les baux sont faits avant que l'immeuble soit hypothéqué la solution n'est pas douteuse étant expressément formulée par l'art. 343 de la loi foncière aux termes duquel « tous baux d'immeubles excédant une année, toute quittance ou cession de loyers ou fermages non échus seront, pour être opposables au tiers, constatés par écrits et inscrits sur le titre par le conservateur de la propriété foncière. » La dispense de publicité comprend donc le bail d'une année : c'est seulement lorsque cette durée est dépassée que la publicité s'impose pour le rendre efficace à l'égard des tiers. On n'a pas voulu que l'acquéreur ou le créancier trouve sur l'immeuble le poids d'un bail à long terme qui altère la valeur du bien et dont il n'a pas eu connaissance.

Mais la difficulté est grande pour déterminer la validité des baux passés postérieurement à la constitution de l'hypothèque : le projet de la loi tunisienne du 1er juillet 1885 transcrivait à cet égard l'art. 45 de la loi belge du 16 décembre 1851 « les baux, contractés de bonne foi, après la constitution de l'hypothèque seront aussi respectés ; toutefois s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans la durée en sera réduite de manière que le locataire n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. » Cette disposition a disparu de la rédaction définitive de la loi et l'on se demande quelle sera la situation du créancier inscrit vis-à-vis d'un débiteur qui aura

(1) Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 1.737.

consenti, depuis le prêt, un bail à long terme et perçu plusieurs années de loyer d'avance. Il va de soi que l'inscription n'en est pas suffisante pour le rendre opposable aux créanciers antérieurement inscrits : on ne saurait, à cet effet, argumenter a contrario de l'art. 343 qui vise un cas absolument différent, celui où l'immeuble n'est pas grevé hypothécairement. On ne saurait, d'autre part, décider que le bail n'est pas valable, la chose devant être utilisée par le débiteur qui n'a pas renoncé à son droit d'administration. Le Code civil ne résout pas la question. Nous croyons qu'elle doit, dans le silence de la loi foncière, être résolue d'après les principes généraux : le bail, s'il a date certaine avant le commandement à fin de saisie immobilière, sera maintenu à l'égard des créanciers hypothécaires antérieurement inscrits pour toute la durée convenue entre les parties, à moins que le bail ne soit le résultat de la fraude auquel cas les créanciers agiront par l'action Paulienne. Il en sera de même des payements anticipés : s'ils ont été faits de bonne foi ils devront être respectés, s'il y a fraude ils tombent sous l'application de l'action de l'art. 1.167 C. C. Il y a là une question de fait qui doit être abandonnée à l'appréciation du juge.

La publicité, réalisée par l'inscription et seule de nature à fixer le droit de préférence, constitue également une condition essentielle de l'exercice du droit de suite : « L'hypothèque, dit l'art. 259, n'existe à l'égard des tiers..... que du jour de l'inscription prise dans la forme et de la manière prescrites par la présente loi ». Il n'était pas suffisant, en effet, d'assurer la protection des tiers créanciers, celle des tiers acquéreurs était tout aussi nécessaire dans une législation qui veut favoriser les transactions immobilières et leur donner une assiette sûre et inébranlable. Aussi la loi foncière fait-elle dépendre le droit de poursuite contre les tiers détenteurs de l'inscription de l'hypothèque. Aux ter-

mes de son art. 261, qui est une application du principe général posé en l'art. 259 « les créanciers ayant une hypothèque *inscrite* sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leur inscription ». La règle, à la différence du Code Civil, est ici absolue : forcée, conventionnelle ou testamentaire, l'hypothèque ne conserve les droits qu'elle engendre, droit de préférence et droit de suite, que si elle a été préalablement rendue publique par une inscription. En d'autres termes, l'inscription de l'aliénation purge l'immeuble de tous les droits non inscrits procédant du chef du précédent propriétaire sans distinguer si les créances sont garanties par une hypothèque volontaire ou par une hypothèque forcée. Dans le cas de vente forcée, c'est-à-dire faite sur saisie immobilière, l'art. 55 (L. F.) décide que la signification du commandement à fin de saisie immobilière, adressée au conservateur, arrêtera le cours des inscriptions (1) « tout commandement à fin de saisie immobilière, y est-il stipulé, pourra être signifié au conservateur de la propriété foncière qui l'inscrira sur le titre. A partir de cette signification aucune inscription nouvelle ne pourra être prise sur l'immeuble pendant le cours de l'instance en expropriation ou licitation ». Mais tout créancier hypothécaire, par cela même qu'il est inscrit, a le droit de suite sans qu'il y ait à tenir compte du rang que lui donne son inscription ni du point de savoir s'il vient ou non en ordre utile : le texte ne fait aucune restriction, lex non distinguit.

L'inscription effectuée valablement conserve le droit de suite, mais n'est pas à elle seule suffisante pour justifier son exercice : le créancier hypothécaire, quoiqu'inscrit, ne

(1) D'après les art. 1-4° et 6 cbn. de la loi du 25 mars 1855 modificative du Code Civil, l'inscription ne peut plus être valablement opérée après la transcription du jugement d'adjudication. Il en est de même en cas de vente volontaire après la transcription de l'acte d'aliénation (art. 3 loi du 23 mars 1855). V. notre chapitre VII, de la publicité des hypothèques.

pourra poursuivre l'expropriation de l'immeuble hypothéqué qu'autant que sa créance sera exigible; c'est ce qui résulte de l'art. 264(L.F.)d'après lequel «...chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui (le tiers détenteur) l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette *exigible* ou de délaisser l'immeuble ». L'hypothèque n'est, en effet, qu'un droit accessoire consenti comme garantie du payement de la dette et ne saurait s'imposer par conséquent qu'à l'échéance de celle-ci (1) : jusqu'à ce moment-là, le tiers détenteur ne pourrait être inquiété à moins toutefois que le débiteur n'ait été déchu du bénéfice du terme parce qu'il a fait faillite ou que par son fait il a diminué les sûretés accordées au créancier.

Telles sont les conditions de l'exercice de l'action hypothécaire. Le tiers détenteur, qui est poursuivi, peut opter entre trois partis : payer, purger ou délaisser. S'il ne prend aucun de ces partis la procédure en expropriation sera dirigée contre lui jusqu'à l'adjudication. Toutefois le tiers détenteur, touché par la sommation, peut avoir des exceptions dilatoires à opposer à l'action hypothécaire, notamment l'exception de garantie si le créancier hypothécaire est tenu personnellement à la garantie envers lui, par exemple, s'il est l'héritier du vendeur : dans cette hypothèse la poursuite se trouvera paralysée; qui doit garantie ne peut évincer. Remarquons que l'exception de discussion consacrée par l'art. 2170 du Code Civil, que le tiers déten-

(1) L'on décide généralement, sauf le dissentiment de DURANTON que le délai de grâce obtenu par le débiteur constitue un obstacle à l'exercice des poursuites contre le tiers détenteur : on se prévaut, à cet égard, de l'art. 2169 du Code Civil (art. 262 L. F.) aux termes duquel le détenteur « jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire » et de cet argument que le délai de grâce serait illusoire puisque, en agissant contre le tiers détenteur, on atteint par cela même le débiteur à qui il est accordé.

teur peut opposer au poursuivant, créancier à hypothèque générale, ne reçoit pas d'application sous l'empire de la loi foncière qui ne reconnaît pas d'hypothèque générale (arg. art. 2 L. F.).

A défaut d'exceptions ou lorsque celles qu'il a opposées n'ont point abouti, le tiers détenteur a le choix entre le payement, le délaissement et la purge.

§ I. — Payement

Le payement consiste dans l'acquittement, par le tiers détenteur, de toutes les dettes hypothécaires alors même que leur montant dépasse son prix d'acquisition « Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure par l'effet seul des inscriptions, obligé, comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires ; il jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire», art. 262, et l'art. 263 ajoute que « le tiers détenteur est tenu dans le même cas, *s'il ne paye tous les intérêts et capitaux exigibles à quelque somme qu'ils puissent monter*, de délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve ».

Le tiers détenteur, en principe, doit payer toutes les dettes en vertu desquelles l'immeuble hypothéqué peut être exproprié : s'il en acquittait quelques-unes seulement, l'action hypothécaire suivra son cours au profit des créanciers hypothécaires non payés. Mais il n'y a de dettes hypothécaires que celles-là seules qui ont été inscrites, les autres ne lui sont pas opposables : c'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 262 d'après lesquels le tiers détenteur demeure obligé « par l'effet seul des inscriptions ».

Le paiement doit être du capital des créances hypothécaires inscrites et de « tous les intérêts » c'est-à-dire des intérêts conservés conformément à l'art. 237 par l'inscription de la créance (une année et l'année courante) et ceux

échus et non payés qui ont fait l'objet d'une inscription particulière (art. 263-237 L. F. cbn.) (1). Cette solution est en harmonie avec les principes de la loi nouvelle qui veut que tout intéressé, sur l'examen du livre foncier, connaisse exactement l'état hypothécaire d'un immeuble et puisse contracter sans la crainte de se voir opposer ultérieurement des charges non révélées par l'inscription. Quant aux frais ils sont unanimement considérés, quoique le texte de l'art. 263 (art. 2168 C. C.) ne les mentionne point, comme étant un accessoire de la dette hypothécaire et doivent comme tels, être acquittés par le tiers détenteur,

Remarquons en terminant que le tiers détenteur qui opte pour le payement, jouit d'après l'art. 262 « des termes et délais accordés au débiteur *originaire* ». Ce dernier mot est emprunté à l'art. 2167 du Code Civil : les commentateurs du Code Civil en ont relevé l''inexactitude ; il laisse supposer que le tiers détenteur est tenu personnellement de la dette alors qu'il n'en répond qu'à raison de sa détention.

§ II. — Du Délaissement

Le délaissement de l'immeuble hypothéqué ne paralyse pas la poursuite en expropriation mais le tiers détenteur y trouve un moyen d'en limiter les effets à son égard : par le délaissement, dit M. Colmet de Santerre « le tiers détenteur se décharge d'abord de l'administration de l'immeuble hypothéqué et de la responsabilité qui pourrait en être la suite. Secondement il évite de paraître en nom dans la procédure de saisie avec la qualité de saisi. Il y est certes intéressé : son crédit peut souffrir grandement d'une procédure de saisie dirigée contre lui ; pour le public qui verra les affiches sans les lire en détail ou qui, les lisant, ne comprendra pas la différence entre un débiteur saisi

(1) V. INFRA, chapitre VII « *De la publicité des hypothèques.* »

pour son compte et un tiers détenteur qui ne veut pas payer la dette hypothécaire au-delà de son prix d'acquisition, la qualité de saisi paraîtra toujours une preuve d'insolvabilité ; c'est le crédit du détenteur que la loi ménage, en lui permettant de délaisser, pour que l'expropriation ne soit pas poursuivie contre lui ».

Par le délaissement, le tiers détenteur n'abandonne pas la propriété de l'immeuble mais simplement la détention. « Le délai, dit Pothier n'est que de la possession et n'exproprie pas celui qui l'a fait jusqu'à l'adjudication : il est toujours jusqu'à ce temps, en son pouvoir de conserver l'héritage qu'il a délaissé en payant les dettes pour lesquelles il est hypothéqué et tous les frais ». Les conséquences qui découlent de ce principe sont importantes : si l'immeuble délaissé périt par cas fortuit avant l'adjudication, le tiers détenteur, demeurant jusque-là propriétaire, est tenu au payement du prix d'acquisition (arg. art. 268). Mais en sens inverse, si l'adjudication fournit un prix supérieur à celui qui est nécessaire pour le désintéressement des créanciers hypothécaires l'excédent lui appartiendra. Le délaissement, d'autre part, n'a pas un caractère définitif; d'après l'art. 266 (L. F.) il n'empêche pas que jusqu'à l'adjudication le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais.

Ce sont là les seuls effets du délaissement : il ne saurait, par exemple, être une cause de résolution du contrat de vente (1) ; le tiers détenteur reste tenu envers son vendeur qui peut l'obliger au payement du prix en désintéressant les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Bien plus, le fait de l'existence de charges hypothécaires n'est pas à lui seul suffisant pour autoriser le délaissement : il

(1) L'acheteur peut surseoir au payement du prix de vente jusqu'à la cessation du trouble résultant de l'exercice de l'action hypothécaire (arg. art. 1653 C. C.) Ce fait ne constituera pas un obstacle au délaissement. V. jurisprudence dans Dalloz au mot Privilèges n. 1848.

est essentiel que le prix d'acquisition soit inférieur à leur montant et même, dans ce dernier cas, que tous les créanciers ne consentent pas à l'accepter. C'est ce que décident généralement la doctrine et la jurisprudence françaises (1).

« Le délaissement par hypothèque peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette et qui ont la capacité d'aliéner art. 265 (L. F.) ». Deux conditions doivent donc se rencontrer dans la personne du délaissant 1° il faut qu'il ne soit pas personnellement obligé à la dette ; 2° qu'il soit capable d'aliéner.

Les effets du délaissement expliquent la nécessité de la première condition : si le tiers détenteur était tenu de la dette comme codébiteur conjoint ou solidaire (2) ou comme caution le délaissement ne le mettra pas à l'abri de la poursuite en expropriation, de l'exercice de l'action personnelle dont les effets s'étendront à tous les biens y compris le bien délaissé. Mais la reconnaissance volontaire ou forcée par le tiers détenteur de l'existence d'une hypothèque sur l'immeuble poursuivi n'a pas pour effet de le rendre obligé personnellement à la dette : elle n'est donc pas un obstacle au délaissement (3). Tel est le sens généralement attribué (4) à l'art. 2173 du Code Civil dont l'art. 266 (L. F.), ainsi conçu, est la reproduction : « Il (le délaissement) peut l'être (être fait) même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement ». Il ne s'agit pas d'une reconnaissance

(1) Aubry et Rau, III, p. 449. note 18, § 287. — Paris 24 mars 1847, D. 47. 2. 110. — Riom 8 décembre 1852. — Bourges 2 avril 1852. Cass. 28 avril 1874, D. 76. 1. 287.

(2) Le tiers détenteur, débiteur conjoint, à la différence du débiteur solidaire peut se libérer, et n'être plus obligé personnellement à la dette, par le payement de sa part. Sur ce point, V. Laurent, XXI, n. 287. — Pont, II, p. 515.

(3) Le détenteur est-il personnellement obligé à la dette par le fait de la stipulation dans son contrat d'acquisition qu'il payera les créanciers inscrits ? La négation est généralement admise et il lui est reconnu la faculté de délaisser. Voir en sens divers Aubry et Rau, III, p. 416 et note 37 et 287. — Laurent, XXXI. n. 291.

(4) Laurent, XXI n. 290. — Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 1728.

faite pour interrompre la prescription de l'hypothèque puisque notre loi foncière ne reconnaît pas ce mode d'extinction (art. 273 modifié par le décret de 1892) mais de celle qui a pour effet de maintenir une hypothèque contestée soit quant à sa validité, soit quant à son inscription.

On comprend moins la nécessité de la capacité d'aliéner chez le tiers détenteur pour lequel le délaissement constitue, somme toute, une mesure toujours favorable : aussi la plupart des commentateurs du Code Civil critiquent-ils cette disposition que la loi foncière a transcrite en son art. 265.

La loi foncière, comme le Code Civil, n'indique pas de délai après lequel le délaissement ne saurait valablement s'effectuer. Dans une opinion, argumentant de l'art 2169 C. C. (art. 264, L. F.), l'on soutient que le délaissement ne peut plus avoir lieu dès l'expiration des trente jours qui suivent la sommation de payer ou de délaisser qui lui a été faite (1). Dans un autre système, en l'absence d'un texte formel, on reconnaît au tiers détenteur, le droit de délaisser même après la saisie et jusqu'à l'adjudication (2).

La forme et la procédure du délaissement sont déterminées par l'art. 276 « le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens et il en est donné acte par ce tribunal. » L'intervention du tribunal ne s'impose que si les créanciers contestent la validité du délaissement, sinon une procédure judiciaire serait inutile et partant frustratoire (3). Le greffier saisi du délaissement doit en prévenir immédiatement le conservateur pour que mention en soit faite sur le registre des titres de propriété et, sur la pétition du plus diligent des intéres-

(1) LAURENT, XXI, n. 278.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, Précis, II, n. 1859.
(3) Sur le principe LAURENT, XXI, n. 280 et s.

sés, il est créé, à l'immeuble délaissé, un curateur sur lequel la vente en sera poursuivie (art. 267, § 3).

§ III. — Purge

Le transfert de la propriété, accompli au profit du tiers détenteur, ne porte aucune atteinte aux hypothèques inscrites : par l'effet du droit de suite, l'immeuble, bien que changeant de propriétaire, reste affecté de tous les droits immobiliers inscrits sur le titre de propriété. Il n'en peut être dégrevé que par la purge. Au lieu de payer ou de délaisser, le tiers débiteur peut purger, c'est-à-dire offrir aux créanciers hypothécaires inscrits une certaine somme généralement égale au prix d'acquisition ou à la valeur estimative de l'immeuble, sous réserve du droit de ces derniers de la repousser en requérant la mise aux enchères, moyennant l'accomplissement de certaines obligations. Aux termes de l'art. 272, « le tiers détenteur qui veut purger sa propriété, en payant le prix, observe les formalités qui sont établies dans le chapitre IV, ci-après. » Voulant respecter le plan de la loi foncière, nous exposons plus loin les dispositions légales relatives à l'organisation et aux effets de la purge.

Si le tiers détenteur ne prend aucun de ces trois partis, s'il ne paie, ne délaisse ni ne purge, il ne sera pas pour cela personnellement obligé à la dette, mais l'action hypothécaire suivra son cours contre lui, à l'expiration des trente jours qui suivent le commandement et la sommation de payer ou de délaisser. C'est ce qui résulte de l'art. 264 (L. F.), ainsi conçu : « Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'immeuble. »

Comme en droit français, deux actes constituent le préliminaire de la mise en mouvement du droit de suite : un commandement fait au débiteur originaire et une sommation adressée au tiers détenteur. Pour faire un commandement, le créancier hypothécaire doit être muni d'un titre exécutoire (1); ce titre peut être un jugement provisoire ou définitif, exécutoire par provision, nonobstant appel, mais dans ce cas, ainsi que cela résulte de l'art. 297 (L. F.), l'adjudication ne peut se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. La poursuite ne peut s'exercer en vertu de jugements rendus par défaut durant le délai de l'opposition (art. 297 précité). Aucune forme n'est exigée pour la sommation qui devra simplement laisser entendre la volonté du créancier hypothécaire de saisir immobilièrement.

On se demande, et la question est vivement controversée, si le commandement doit précéder la sommation à peine de nullité de la procédure. A s'en tenir au texte de l'art. 264 (L. F., art. 2169 C. C.), il semble que le créancier doive nécessairement faire un commandement au débiteur, suivi d'une sommation au tiers détenteur; mais le texte n'est pas assez explicite pour que l'on puisse prononcer la nullité de la procédure, si la sommation avait été envoyée la première. La jurisprudence française est en ce sens, la doctrine est divisée (2).

La poursuite en expropriation ne pourra commencer qu'à l'expiration des trente jours qui suivent le lendemain de la signification du dernier acte : sommation ou com-

(1) L'article 295 (L. F.) porte que « la vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre inscrit ou exécutoire pour une dette certaine et liquide. Si la dette est en espèces non liquidées, la poursuite est valable; mais l'adjudication ne pourra être faite qu'après la liquidation. »

(2) Bourges, 1er mars 1893. D. 93. 2. 520. — Cass. 7 mars 1893. D. 93. 1. 156. Cass. 6 avril 1886. D. 87. 1. 68. Ce dernier arrêt, tout en admettant la nullité, décide qu'elle est de pure forme, et se trouve couverte par la défense au fond. En sens contraire, AUBRY et RAU, III, p. 43, note 6, § 287. — LAURENT. XXX, n. 261.

mandement (1). Le créancier hypothécaire n'est pas toutefois obligé d'y procéder aussitôt ce délai expiré : la poursuite en expropriation peut avoir lieu tant que la sommation ou le commandement, qui en sont le préliminaire, n'ont pas été périmés (2). D'après l'art. 674 du Code de Procédure civile, le commandement se périme au bout de quatre-vingt-dix jours s'il n'a pas reçu un commencement d'exécution et la sommation, par argument de l'art. 269 de la loi foncière, au bout de trois ans.

Le chapitre IV de la loi foncière se termine par la détermination de certaines règles communes à l'expropriation et au délaissement qui a été suivi d'une adjudication : les art. 268 à 271, qui les contiennent, donnent la solution des difficultés qui pourraient naître, dans ces hypothèses, entre les créanciers hypothécaires et le tiers détenteur du fait des détériorations ou améliorations touchant l'immeuble grevé et de la perception des fruits.

Aux termes de l'art. 268 (L. F. art. 2175 C. C.), les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur au préjudice des créanciers hypothécaires donnent lieu contre lui à une action en indemnité. C'est là, dit Laurent (3) au sujet de l'art. 2175 du Code Civil, une conséquence de l'hypothèque qui grève le bien acquis par le tiers détenteur. « L'hypothèque est un démembrement de la « propriété en ce sens que le débiteur qui donne un im- « meuble en hypothèque ne peut plus rien faire qui puisse « porter atteinte aux droits des créanciers, notamment il ne « peut, par son fait, dégrader l'immeuble et diminuer « ainsi la sûreté hypothécaire. La propriété démembrée « par l'hypothèque passe au tiers détenteur et reste dé- « membrée dans ses mains. Il ne peut pas plus que le

(1) LAURENT, XXXI, n. 261. — PONT, II, n. 115 et s.
(2) Cass. 17 mars 1886. S. 86. 1. 207,
(3) LAURENT, op. cit., XXI, n° 301.

« débiteur personnel faire un acte de jouissance, d'admi-
« nistration et de disposition qui nuisse au créancier
« hypothécaire. Vainement dirait-on, qu'il est propriétaire
« et qu'à ce titre il peut user et abuser ; cela est vrai de la
« propriété qui est restée entière, cela n'est pas de la pro-
« priété démembrée. On objecterait tout aussi vainement
« que le tiers acquéreur n'a contracté aucune obligation
« envers les créanciers hypothécaires, ce n'est pas comme
« débiteur personnel qu'il est limité dans l'exercice de son
« droit de propriété c'est comme détenteur d'un immeuble
« grevé d'hypothèque et démembré par suite de cette affec-
« tation ». Tel est également le fondement de la disposition de l'art. 268 précité et ce, d'autant plus, que sous le régime de la loi foncière basé sur la publicité la plus absolue, le tiers détenteur ne peut exciper de son ignorance des charges hypothécaires, volontaires ou forcées grevant l'immeuble, puisque, avant son acquisition il aura pu s'en faire délivrer la liste complète.

L'indemnité allouée est une portion du prix puisqu'elle équivaut à la diminution de valeur de l'immeuble occasionnée par les dégradations : à ce titre, elle sera distribuée comme le prix d'adjudication c'est-à-dire dans l'ordre des préférences.

En sens inverse et réciproquement le tiers détenteur a droit à une indemnité pour les améliorations qu'il a apportées à l'immeuble adjugé : il ne pourra cependant répéter ses impenses et améliorations, aux termes de l'art. 268 (L.F.) que « jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration ». Même disposition dans l'art. 2175 du Code Civil, et comme lui, l'art. 268 omet d'indiquer le moment où l'on devra se placer pour apprécier le montant de la plus-value. Pour certains auteurs, il faut considérer le moment de l'adjudication, puisque c'est alors que les créanciers profitent de la plus-value ; pour d'autres, et tel est aussi notre avis, celle-ci doit être envisagée au moment où le

délaissement ou la saisie met l'immeuble à la disposition des créanciers et nécessite une procédure tendant à l'adjudication (1).

Dans le cas où la plus-value est supérieure à l'impense, on est généralement d'accord pour décider que le tiers détenteur ne pourra obtenir que le montant de ses déboursés (arg. a fortiori art. 2175 C. C. 268 L. F.) (2).

Remarquons enfin, que le tiers détenteur n'a qu'une action personnelle pour le recouvrement de l'indemnité, la loi foncière comme le Code Civil ne lui reconnaissant pas un droit de rétention.

Aux termes de l'art. 269 « les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser » (cpr. art. 2176 C. C.) La sommation aura donc pour effet d'immobiliser les fruits naturels ou civils et le tiers détenteur en sera comptable à l'égard des créanciers hypothécaires à la date de sa signification. Toutefois, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, le tiers détenteur fera ces fruits siens et il ne devra que ceux échus postérieurement à la nouvelle sommation qui lui aurait été faite : c'est ce qui résulte de l'art. 269 in fine.

L'aliénation consentie au profit du tiers détenteur, en transférant la propriété, éteint par cela même les droits qu'il avait sur l'immeuble hypothéqué. Elle produit une confusion, c'est-à-dire, comme le dit Pothier, le concours de deux qualités dans un même sujet qui se détruisent. Mais il est certains événements qui font revivre l'état de droit antérieur et que détermine l'art. 270 « Les droits réels immobiliers dont le tiers détenteur avait le bénéfice ou qu'il subissait avant sa possession sur un immeuble dé-

(1) COLMET DE SANTERRE, IX, n° 156 bis, en sens divers AUBRY et RAU, III, p. 451 et s. note 56 § 287. — LAURENT, XXI, n° 307 et les arrêts qu'il cite.

(2) Grenoble 31 décembre 1841. TROPLONG, n° 838. — PONT, II, 1207. — BAUDRY-LACANTINERIE, II, n° 1772. — En sens contraire, Toulouse, 7 mars 1848. D. 48-2-69. LAURENT, XXI, n° 308.

laissé ou adjugé à la suite d'une purge d'hypothèque, renaissent après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui ». Il y a lieu de remarquer, relativement à cette disposition, une particularité du régime hypothécaire nouveau : la confusion à elle seule n'éteint pas ipso jure les droits antérieurs du tiers détenteur : l'inscription les conserve jusqu'à sa radiation. Aussi tant que celle-ci n'a pas été accomplie, les droits réels subsistent nonobstant la confusion. C'est ce qui résulte, a contrario de l'art. 270 § 2 (L. F.) ainsi conçu « Dans le cas où l'inscription aurait été radiée à la suite de la confusion, une nouvelle inscription serait nécessaire pour faire revivre le droit, mais l'intéressé pourra la requérir ».

Dans ses rapports avec le débiteur, le tiers détenteur a un recours en garantie pour être indemnisé du trouble que lui occasionne la poursuite en expropriation à la condition toutefois que son titre d'acquisition lui donne droit à garantie, l'art. 271 (L. F.) porte, en effet, que le « tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire ou délaissé l'immeuble hypothéqué ou subi l'expropriation de cet immeuble a son recours tel que de droit contre le débiteur principal ».

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

La loi foncière indique trois modes d'extinction des hypothèques ; aux termes de l'art. 273 « les hypothèques s'éteignent » :

1° Par l'extinction de l'obligation principale ;

2° Par la renonciation du créancier ;

3° Par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les immeubles par eux acquis.

Sous l'empire de la loi du 1er juillet 1885, le texte portait une autre cause d'extinction : la prescription ; l'art. 274 qui la stipulait a été abrogé par la loi du 16 mars 1892 (17 Chaâbane 1309).

Il faut compléter l'énumération des causes d'extinction de l'hypothèque contenues dans l'art. 273 en ajoutant : la perte totale de la chose hypothéquée, sa mise hors du commerce par une expropriation pour cause d'utilité publique, auquel cas les droits des créanciers se transportent sur le prix.

La consolidation, c'est-à-dire la réunion dans les mêmes mains du droit d'hypothèque et de la propriété du bien hypothéqué éteint en principe l'hypothèque : le propriétaire ne peut avoir comme garantie son propre bien. Mais s'il y a d'autres créanciers inscrits sur le même immeuble, celui qui a acquis l'immeuble conserve son hypothèque.

La résolution du droit du constituant qui, d'après le

Code Civil, constitue une cause d'extinction de l'hypothèque, n'a ce caractère dans notre loi foncière qu'autant que le droit de résolution a été inscrit antérieurement à l'hypothèque (art. 252 L. F.) (1).

(1) V. Supra, p. 216.

CHAPITRE VI

DU MODE DE PURGER LES IMMEUBLES DES HYPOTHÈQUES

Le Code Civil français contient, relativement à la purge, deux chapitres : l'un concerne la purge des hypothèques inscrites, l'autre celle des hypothèques légales dispensées d'inscription et n'ayant pas été inscrites. Dans la loi foncière, où il est de principe absolu que les hypothèques, de quelque nature qu'elles soient, sont soumises à la publicité pour leur efficacité à l'égard des tiers, il n'y avait pas lieu de consacrer une semblable distinction et les dispositions du chapitre IV du Code Civil devaient naturellement en être exclues. Aussi notre régime foncier ne reconnaît-il qu'une seule purge, celle des hypothèques — volontaires ou forcées — qui ont été inscrites. Et ce n'est pas seulement sur ce point qu'il s'est séparé du Code Civil. Maintes dispositions du présent chapitre constituent de réelles et remarquables innovations auxquelles viennent s'ajouter certaines formules nouvelles empruntées pour la plupart à la loi belge du 16 décembre 1851.

Le chapitre VI débute par un principe général souvent répété au cours de la loi qu'il était inutile de reproduire à nouveau : aux termes de l'art 275, l'immeuble, bien que changeant de propriétaire, reste affecté de tous les droits réels immobiliers inscrits sur le titre de propriété.

La loi foncière, comme le Code Civil, ne donne pas une définition de la purge, mais l'objet en est le même. Comme le dit Baudry-Lacantinerie « la purge est un moyen offert

à l'acquéreur d'un immeuble d'affranchir cet immeuble des hypothèques qui le grèvent en offrant aux créanciers hypothécaires son prix d'acquisition ou la valeur estimative de l'immeuble, suivant les cas, et en payant ou en consignant la somme offerte, sauf le droit pour les créanciers qui ne trouveraient pas les offres du tiers détenteur suffisantes, de requérir la mise aux enchères de l'immeuble en s'engageant à porter ou à faire porter le prix à 1/10 en sus de la somme offerte par le tiers détenteur ». De plus, dans la loi foncière, la purge a pour effet d'annihiler l'action résolutoire appartenant au vendeur ou au copartageant ou coéchangiste ou donateur. En un mot, la purge, couronnée de succès, affranchit l'immeuble des charges hypothécaires et met le tiers détenteur à l'abri de toute éviction. Qui peut accomplir la purge ? Quand et sous quelles conditions s'effectue-t-elle valablement ? tel est l'objet des articles 276 à 286.

§ I. — Qui peut purger ?

Des diverses dispositions de ces articles il résulte que seul l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué (à titre gratuit ou onéreux, acquéreur d'une partie ou de la totalité de l'immeuble, de l'usufruit comme de la nue-propriété, lex non distinguit), non tenu personnellement à la dette, peut purger sa propriété (1). Si le nouveau propriétaire est un

(1) Cassation 5 décembre 1882 D. 83.1.378. Paris 9 juillet 1892 D. 93.2.569. Les héritiers ou autres successeurs universels du débiteur à la dette ne peuvent pas purger ; il n'en est pas de même de l'héritier bénéficiaire qui n'est pas tenu personnellement du paiement des dettes du de cujus : il a la faculté de purger les immeubles de la succession dont il s'est rendu adjudicataire même sur licitation. Cass. 5 mars 1894 S. 95.1.149. En ce sens Aubry et Rau, t. III, n. 293 bis, note 27 — Demolombe, XV, n. 191 — Pont, n. 1274 bis. La question est toutefois controversée : Valette a essayé de prouver que l'héritier bénéficiaire ne peut pas purger (Valette, D. 73.1.197 — D. 74.1.361). L'argument qu'il a fait valoir est que l'adjudication prononcée au profit de l'héritier bénéficiaire, n'était pas translative de propriété ; s'il est seul il n'y a pas de transmission parce qu'il est impossible de découvrir un propriétaire intermédiaire entre lui et le défunt : s'il y a plusieurs cohéritiers l'acte est une licitation qui équivaut à un partage (art. 883). En ce sens Tribunal de la Seine 1870 et sur renvoi Tribunal de Melun. Ce jugement a été

acquéreur sous condition résolutoire (par exemple dans le cas d'une vente à réméré d'un immeuble hypothéqué) rien ne s'oppose à ce qu'il puisse effectuer la purge, mais des difficultés surgissent relativement à ses effets. La purge opérée dans cette hypothèse est, d'après la jurisprudence française, absolument définitive : en cas de réalisation de la condition toutes les charges hypothécaires établies par le vendeur, demeurent purgées; la doctrine est en sens contraire : elle enseigne que le rachat effectué résout tous les actes consentis intra tempus par l'acheteur y compris la purge (1). Mais on est presque unanime à décider que l'acquéreur, sous condition suspensive, n'étant pas propriétaire, ne peut pas purger (2).

Le tiers détenteur n'a pas indéfinement le droit de purger : il faut distinguer à cet égard deux situations.

Si les créanciers hypothécaires ont commencé les poursuites, le nouveau propriétaire, qui voudra obtenir la radiation des inscriptions hypothécaires prises sur l'immeuble dont la propriété lui est transmise, devra faire les notifications à fin de purge au plus tard dans le mois (les trente jours arg. art. 264) à compter de la *première* sommation de payer ou de délaisser (art. 276 L. F.) ; les autres créanciers bénéficient donc de la sommation effectuée par

cassé par un arrêt des chambres réunies, 12 janvier 1876, D. 76.1.52 — S. 76.1.81 — Voir réfutation du système de M. VALETTE, par M. LABBÉ (Revue Crit. 1873-1875 p. 348) qui déclare que l'héritier bénéficiaire a acquis le droit de purger parce qu'il a en vertu de son bénéfice, un double patrimoine et que la loi lui réserve *comme à un tiers* l'exercice de tous ses droits personnels *(Traité élémentaire de Droit Civil,* PLANIOL, 1900, p. 965). On décide en outre généralement que celui qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'autrui ne peut pas purger quoique n'étant pas personnellement obligé à la dette (argt. des mots nouveau propriétaire). Voir sur la question ; LAURENT, XXXI. n° 424. AUBRY et RAU, t. 3 § 293 bis, note 4. COLMET DE SANTERRE, IX, n° 169 bis. Le droit du légataire particulier de procéder à la purge est contesté ; mais par assimilation au donataire la majorité des auteurs et la jurisprudence le lui reconnaissent. AUBRY et RAU, III, § 293 bis, note 18. — Cas. 6 février 1889. S. 89.1.385.

(1) AUBRY et RAU, III, p. 50, note 21 § 293 bis, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Voir auteurs cités dans AUBRY et RAU, III, p. 508, note 34. En sens contraire GRENIER, II, n° 344.

un autre créancier. A l'expiration de ce délai le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger et ce définitivement, à moins de péremption de la sommation (1) : les tribunaux, sous aucun prétexte, ne pourront augmenter le délai déterminé par l'art. 276 (2).

La déchéance aura pour effet de placer l'acquéreur dans l'hypothèse prévue part l'art. 262 (L. F.).

Dans le cas où l'action hypothécaire n'a pas été mise en mouvement, aucun délai n'est imparti sous l'empire du Code civil à l'acquéreur pour purger sa propriété. La loi tunisienne a dérogé sur ce point à la loi française en lui imposant de faire les notifications à fin de purge dans l'année qui suit l'inscription de son titre de propriété. C'est ce que dit l'art. 277 « Le nouveau propriétaire ne pourra faire usage de la faculté accordée par le précédent article que sous condition de faire la notification prescrite dans l'année de l'inscription de son droit de propriété. » Cette innovation, qui constitue certainement une atteinte au droit de propriété du tiers acquéreur, se justifie par des considérations d'un ordre supérieur : la situation juridique de l'immeuble reste indécise et incertaine, tant que la purge n'est pas accomplie ; les transactions y relatives s'en ressentent sans compter encore que l'acquéreur pourrait léser sensiblement les créanciers hypothécaires en choisissant pour l'effectuer un moment de crise immobilière. On comprend, dès lors, l'utilité de limiter dans le temps la faculté de purger du tiers acquéreur. C'est ce qu'ont envisagé les auteurs de la loi foncière et il convient de les approuver pour cette heureuse dérogation au Code civil.

La question de savoir à la charge de qui sont les frais de purge n'a pas été tranchée par la loi foncière : il y a à

(1) V. Auteurs cités dans Aubry et Rau, III, p. 513, notes 5 et 7, § 294.

(2) Aubry et Rau, IV. p. 513, note 6, § 294 et les auteurs qu'ils citent. — Laurent, XXI, n° 418. — Pont, II, p. 584.

cet égard une lacune dans le Code civil et le législateur tunisien ne l'a pas comblée. On décide généralement, argumentant de l'art. 2.188 C. c. (art. 283 L. F.) d'après lequel l'adjudicataire est tenu de restituer à l'acquéreur dépossédé les frais de notification à fin de purge, que ce dernier en est tenu. Telle est la jurisprudence : la doctrine est divisée sur ce point (1).

§ II. — Formalités de la purge

Les formalités de la purge des hypothèques peuvent se ramener à trois actes essentiels : inscription du titre translatif, notifications aux créanciers inscrits, offre de payer une certaine somme.

I. — D'après l'art. 276 (L. F.) le nouveau propriétaire qui voudra obtenir la radiation des inscriptions hypothécaires prises sur l'immeuble dont la propriété lui est transmise devra préalablement inscrire son droit de propriété. C'est là une condition que notre loi foncière aurait pu se dispenser de formuler tant elle est évidente. L'art. 15 dit, en effet, que tout droit réel immobilier n'existera à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription à la conservation de la propriété foncière ; par application de ce principe il allait de soi que jusqu'à l'inscription du transfert de propriété celui-ci est censé inexistant à l'égard des créanciers hypothécaires pour lesquels le débiteur demeure le seul et véritable propriétaire.

Cette inscription, qui est le préliminaire obligatoire de la purge et arrête le cours des inscriptions des hypothè-

(1) Voir en sens divers AUBRY et RAU, III, p. 519 note 35, § 294 et les arrêts qu'ils citent. — LAURENT, XXI, n° 419. En ce sens, Pau, 27 janvier 1855. S. 55. 2. 515. D. 55. 2. 195 — Toulouse, 24 nov. 1855 S. 56. 2. 110. — Grenoble, 7 janvier 1857 S. 58. 2. 560. D. 58. 5. 304. En sens contraire divers arrêts qui mettent les frais à la charge du vendeur, Caen, 15 fév. 1861 — Trib. Seine, 24 mai 1890. (La Loi du 25 mai 1890.)

ques procédant de l'ancien propriétaire, forme en même temps, dans notre loi, le point de départ de la période après laquelle il y a déchéance pour le nouveau propriétaire de la faculté de purger (art. 277 L. F.).

II. — L'inscription étant effectuée, l'acquéreur doit faire aux créanciers hypothécaires inscrits certaines notifications (1) pour les mettre en mesure d'opter entre deux partis : accepter la somme offerte ou requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Ces notifications seront faites, dit la loi, au domicile par eux élu. L'article 350, comme nous le verrons plus loin (2), impose à toute personne, au nom de laquelle inscription est prise à la conservation de la propriété foncière, de faire élection de domicile en Tunisie au chef-lieu d'une justice de paix, faute de quoi toutes significations lui seront valablement faites au greffe de la justice de paix dans le ressort de laquelle sont situés les immeubles (3). Est-ce à dire cependant que la notification faite à personne ou au domicile réel des créanciers ne soit pas valable ? Nous ne le croyons pas l'élection, de domicile étant exigée par l'article précité dans l'intérêt exclusif du tiers détenteur (4). Si le créancier hypothécaire a omis d'élire domicile dans l'inscription, cette irrégularité n'en entraîne pas la nullité, mais le nouveau propriétaire n'est pas obligé de lui faire la notification : cela ne sera d'ailleurs pas un obstacle à l'exercice du droit, de ce créancier hypothécaire, de requérir la mise aux enchères car comme le dit Laurent « il tient son droit non de la notification mais de son hypothèque pourvu qu'il l'ait conservée en l'inscrivant (5).

(1) L'article 232 du C. de proc. exige que les notifications soient faites par un huissier désigné par le président du Tribunal.

(2) et (3) V. infrà chapitre VII « De la publicité des hypothèques ».

(4) V. Aubry et Rau, III, p. 514, note 13 § 294 et ses citations. — Baudry-Lacantinerie, Précis II, n° 1.824. — Laurent, XXI, n° 459. — Cassation, 26 novembre 1884 S. 86. 163.

(5) Laurent, XXI, n. 46. — Pont, II, n° 1303.

Les notifications devront être adressées, dit article 276, « *à tous les créanciers inscrits* ». L'omission de l'un des créanciers n'entraîne pas la nullité des formalités de la purge mais rend la purge inopposable à ce créancier (1).

L'article 276 détermine ce qu'elles doivent contenir. Le nouveau propriétaire doit notifier aux créanciers inscrits :

1° *L'extrait de l'acte transmissif de propriété contenant sa date et sa qualité et la désignation des parties.* A la différence du Code civil la loi foncière n'exige pas la notification d'un certificat d'inscription de cet acte (art. 2.183-2° C. c.). Quoiqu'elle ne le dise pas, l'extrait doit contenir la désignation de la nature, de la situation et du nom de l'immeuble vendu ou donné (arg. art. 276-3° L. F.).

2° *Le prix de l'acquisition et les charges faisant partie du prix.*

Si le prix consiste en une rente viagère ou perpétuelle ou en toute obligation autre que celle de payer un capital fixe, l'acquéreur devra en faire l'évaluation dans les notifications : c'est ce qui résulte de l'art. 276 (L. F.). Cette évaluation s'impose également pour les charges faisant partie du prix c'est-à-dire pour les prestations que l'acquéreur, pour devenir propriétaire, s'est obligé de fournir en sus du prix (2), et dans tous les cas où l'immeuble a été cédé à tout autre titre que celui de vente (échange, donation entre-vifs ou testamentaire, par exemple) afin de permettre aux créanciers de se rendre compte de l'étendue des offres du tiers acquéreur (art. 276-2°). Sur les cas où une évaluation est nécessaire il y a des difficultés sous l'empire du Code Civil : la loi foncière les a heureusement résolues.

Le défaut d'évaluation est considéré, par certains auteurs,

(1) Cass. 25 avril 1888. D. 89. 1. 102. — Paris, 9 juillet 1892. D. 93. 2. 569.

(2) Cpr. AURRY et RAU, III. p. 515 et notes 17 et 18, § 294. — COLMET DE SANTERRE, IX, n. 172 *bis*, IV. — Montpellier 5 décembre 1835, S. 37. 2. 242. D. 37. 2, 178. — Cassat. 6 juillet 1881, S. 82, 1. 51. — D. 82. 1. 449. — Lyon 20 janvier 1882. S. 84. 2. 205.

comme une cause de nullité des notifications (1) ; d'après d'autres, pour cette hypothèse comme pour tout ce qui est relatif aux notifications, il convient de ne pas donner une solution absolue : on doit distinguer selon que l'irrégularité cause ou non un préjudice aux créanciers inscrits et c'est là une question de fait plutôt que de droit (2). Nous nous rallions à ce dernier système. La maxime pas de nullité sans texte doit d'autant plus être admise dans la loi tunisienne qu'en matière de purge elle déclare expressément les cas de nullité (arg. art. 280 in fine).

La nullité ne peut être opposée que par celui à qui l'irrégularité a préjudicié. Dans le cas où elle est prononcée, le tiers détenteur devra recommencer toutes les formalités de la purge et faut-il encore qu'il se trouve dans l'année de l'inscription de son droit de propriété (arg. art. 277. L. F.).

3° En troisième lieu le nouveau propriétaire doit présenter aux créanciers hypothécaires *un certificat d'inscriptions de toutes les hypothèques qui pèsent sur l'immeuble y compris celle du vendeur qui aurait bénéficié des art. 246 ou 247 de la présente loi* (3) (art. 276-3°) c'est-à-dire du vendeur qui, dans le contrat ds vente, a stipulé l'hypothèque ou obtenu un jugement la lui reconnaissant et dans l'un ou l'autre cas l'a inscrite. Si le juste titre de cet acquéreur est une échange il faut compléter cet article en disant que dans le certificat d'inscription il doit faire mention de l'hypothèque du coéchangiste qui aurait bénéficié de l'art. 239 ou de l'art. 247 qui concerne, à notre avis, le vendeur comme l'échangiste (4).

III. — L'acquéreur s'engagera, dans les notifications qu'il

(1) AUBRY et RAU, III, p. 516 note 24 § 294.

(2) CHAUVEAU, sur Carré, question 2457. — LAURENT, XXI, n. 452 et s. — Grenoble 19 mai 1852, S. 52. 2. 654. D, 54. 2. 151.

(3) En droit français l'art. 2184 du Code Civil exige un tableau sur trois colonnes dont la 1re contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions : la 2e le nom du créancier, la 3e le montant des créances inscrites.

(4) T. Suprà Chapitre des Hypothéques forcées, p 210.

adresse aux créanciers hypothécaires, à payer le prix. « Le nouveau propriétaire, porte l'art. 278, déclarera par le même acte qu'il est prêt d'acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée sans déduction aucune au profit du vendeur ou de tout autre ». Ces derniers mots, que l'on ne trouve pas dans le Code Civil, signifient que l'offre de payer le prix ou la valeur déclarée ne pourra contenir aucune réserve ; elle sera pure et simple. La purge, en effet, a pour conséquence de donner aux créanciers tous les avantages que produiraient la vente forcée et d'éviter les frais que celle-ci entraîne. Par l'adjudication, ils ont droit à l'intégralité du prix ; il devra en être de même en cas de purge : tout le prix sera offert aux créanciers hypothécaires sans aucune restriction. Pour l'accomplissement de cette troisième condition, il n'est pas nécessaire de reproduire textuellement les termes de l'art. 278 § 1°, mais il importe que le tiers détenteur s'engage à acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée. S'il ne prend pas cet engagement il y a, quoique la loi ne le dise pas, nullité de l'offre ainsi faite : comme le dit Laurent « l'offre de payer le prix aux créanciers est « de l'essence de la notification. Sans cette offre il n'y a pas « de purge tandis que les autres formalités des notiffca- « tions ont seulement pour objet d'éclairer les créanciers « sur le parti qu'ils doivent prendre ; mais il ne peut s'a- « gir de l'accepter ou de la refuser si l'acquéreur n'a pas fait « d'offre ou si l'offre n'est pas faite dans les termes de la « loi. On peut dire dans ce cas que l'offre est plus que « nulle, qu'elle est inexistante (1) ».

L'article 278 (L. F.) contient deux dispositions empruntées à la loi belge et qui ne se rencontrent pas dans le Code Civil. Sous l'empire de ce dernier l'acquéreur ou le dona-

(1) Sur le principe, LAURENT, XXXI, n° 469. — AUBRY et RAU, III, p. 518, § 294.

taire, aux termes de l'art. 2184, déclarera par le même acte qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence seulement du prix *sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles*. Et Colmet de Santerre justifie ce texte en disant que « la faculté de purger aurait été entravée s'il avait fallu attendre pour dégrever l'immeuble, l'expiration des différents termes des créances et comme cette faculté est accordée aux tiers détenteurs dans un intérêt économique c'est-à-dire dans un intérêt social, on a dû ne pas s'arrêter devant ces obstacles (1) ».

La loi foncière en décide tout différemment. Elle respecte les conventions de toutes les parties : dans le cas où un terme y est mentionné soit en faveur du débiteur soit contre lui il devra être maintenu. C'est ce que dit l'art. 278 § 2° ainsi conçu : « Sauf disposition contraire dans les titres de créances il (le nouveau propriétaire) jouira des termes et délais accordés au débiteur originaire et il observera ceux stipulés contre ce dernier ».

Cette dérogation au Code Civil est des plus heureuses : souvent l'acquéreur trouvera de l'avantage à ne pas être forcé de payer intégralement son prix et les ventes en deviendront plus faciles. D'autre part les prêts se feront aussi à de meilleures conditions parce que les prêteurs n'auront pas à courir les risques d'être remboursés inopinément (2).

(1) COLMET DE SANTERRE, IX, n. 127 *bis*.

(2) Déjà sous l'empire de la loi de Brumaire an VII le détenteur ne pouvait acquitter les dettes à échoir que dans les termes et de la même manière qu'elles avaient été constituées. « On ne conçoit pas, dit M. Hua, commentateur de la loi de brumaire, cité par Martou, comment une aliénation étrangère au créancier peut modifier le traité fait avec lui, en altérer les effets et le mode d'exécution. Autant il serait injuste que le débiteur eût la faculté de préjudicier à la sûreté promise du créancier, autant il le deviendrait d'autoriser celui-ci à exiger, sous le prétexte d'un fait qui lui est étranger son remboursement avant le terme convenu. Il en résulterait pour le propriétaire une perte effective, puisqu'il ne se procurerait point, un prix aussi avantageux, lorsqu'il devra être payé sur le champ, que s'il accordait des facilités à l'acquéreur. Le changement de propriété-

Il importe de remarquer toutefois que le principe du maintien des termes et délais contenus dans le titre de créance ne s'impose ni au débiteur, ni aux créanciers : les parties peuvent valablement convenir qu'en cas d'aliénation la stipulation de termes ne produira pas d'effet à l'égard de l'acquéreur. (arg. des mots « sauf disposition contraire dans les titres de créances » art. 278 § 2°).

Il est un cas où le débiteur ne saurait se prévaloir du terme stipulé en sa faveur dans le titre de créance : c'est celui prévu dans le paragraphe final de l'art. 278 ainsi conçu « les créances non échues qui ne viennent que pour partie en ordre utile seront immédiatement exigibles vis-à-vis du nouveau propriétaire jusqu'à cette concurrence et pour le tout à l'égard du débiteur ». Ce texte suppose que le créancier se trouve, à la suite des formalités de la purge, astreint à ne recevoir que le payement d'une partie de ce qui lui était dû, et décide que le débiteur peut être contraint au remboursement immédiat de la créance. La disposition in fine de l'art. 278 s'explique fort bien : l'aliénation a, en effet, modifié d'une manière préjudiciable la situation du créancier en amenant un payement partiel et il est juste que le débiteur à qui elle est imputable perde le bénéfice du terme. Il y a là une diminution des sûretés des créanciers et l'art. 278 in fine n'est qu'une application de l'art. 1188 du Code Civil.

La loi foncière qui a supprimé les privilège du droit français n'a pas maintenu celui qu'il accorde au vendeur et l'a remplacé comme nous l'avons exposé (1) par une

taire n'affaiblit point l'étendue de l'action hypothécaire. Tout resterait à l'égard du créancier dans le même état, le propriétaire seul se trouverait lésé. Tels sont les principes d'équité et de raison consacrés par la loi. Le nouveau propriétaire d'un immeuble, subrogé au lieu et place du précédent, profite des délais que celui-ci avait, mais il est tenu de payer dans les mêmes termes. Ainsi les droits de tous sont maintenus, avec réciprocité, dans leur intégrité ». — Sur cette question V. encore le projet de loi de réforme du Code Civil (1850).

(1) V. suprà Chapitre II, « Hypothèques forcées » p. 204.

hypothèque conventionnelle ou forcée suivant les cas. Mais comme le Code Civil elle reconnaît à son profit l'exercice de l'action en résolution à la condition qu'elle ait été conservée conformément aux art. 246 ou 247. L'art. 279 examine, au point de vue de la purge la situation du vendeur qui s'est conformé à la loi pour la conservation de ses deux sûretés : l'hypothèque et l'action en résolution. Sous l'empire du Code Civil (1) la purge, qui éteint les hypothèques et les privilèges grevant un immeuble, n'avait aucun effet sur l'action en résolution et le tiers acquéreur demeurait sous l'étreinte posssible de l'exercice de cette dernière. Une pareille solution aurait été anormale dans notre loi qui vise surtout à asseoir sur une base inébranlable les transactions immobilières et à mettre à l'abri de toute cause d'éviction les acquéreurs d'immeubles. Aussi dispose-t-elle, à leur profit, que la procédure de purge, si elle aboutit, affranchira l'immeuble d'une manière absolue. A cet effet elle impartit au vendeur un délai après lequel le droit de résolution, s'il n'est pas exercé, deviendra inefficace. « Si, parmi les créanciers dit l'art. 279 se trouve un vendeur ayant à la fois l'hypothèque qu'il aurait fait inscrire et l'action résolutoire qu'il aurait conservée par l'inscription, conformément aux art. 246 ou 247 de la présente loi, il aura quarante jours, à partir de la notification à lui faite, pour opter entre ces deux droits, sous peine d'être déchu de l'action en résolution et de ne pouvoir plus réclamer que son hypothèque ». Ce même article ajoute que « s'il opte pour la résolution du contrat il devra à peine de déchéance le déclarer au greffe du Tribunal devant le-

(1) Cet état de choses, fâcheux pour les tiers a été modifié ainsi que nous l'avons fait remarquer en notre chapitre consacré aux hypothèques forcées par l'art 7 de la loi du 23 mars 1855 qui a modifié le Code Civil. Aux termes de cet article, « L'action résolutoire établie par l'art. 1654 du Code Napoléon ne peut être exercé après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ».

quel l'ordre doit être poursuivi. Le greffier doit en prévenir immédiatement le conservateur qui en fera mention sur le titre de propriété ». Cette déclaration, effectuée dans les quarante jours à partir de la notification à fin de purge faite au vendeur, n'est pas à elle seule suffisante, il est à peine besoin de le dire, pour opérer la résolution ; elle doit être complétée par une demande à cette fin formée devant le Tribunal compétent et ce, d'après le troisième paragraphe de l'art. 279, dans les dix jours qui suivent l'expiration des quarante jours.

Y aurait-il déchéance de l'action en résolution si elle est présentée après cette période? La loi le dit pour le délai de quarante jours, mais elle est muette en ce qui concerne le second délai de dix jours. L'esprit de toute la loi foncière, qui est de ne pas suspendre indéfiniment la fixation de l'état juridique de l'immeuble, semble devoir faire décider dans le sens de la déchéance ; mais l'hésitation est permise, en l'absence d'une disposition précise, pas de nullité sans texte. Quoiqu'il en soit, l'art. 279 § 3 n'aurait rien perdu à être plus explicite et aurait dû décider d'une manière non douteuse la déchéance dans l'un et l'autre cas.

L'option pour la résolution sera un obstacle à la continuation des formalités à fin de purge : comme le dit l'art. 279-4° « A partir du jour où le vendeur aura opté pour l'action résolutoire, la purge sera suspendue et ne pourra être reprise qu'après la renonciation de la part du vendeur à l'action résolutoire ou après le rejet de cette action ». S'il y a lieu de reprendre la purge, le tiers acquéreur ne sera pas astreint à recommencer les formalités antérieures à la déclaration du vendeur celle-ci ne faisant, en effet, que « suspendre » la purge. Si au contraire la résolution est prononcée, le débiteur redevient propriétaire et le tiers acquéreur est censé ne l'avoir jamais été ; les droits que ce dernier a pu consentir à des tiers sur l'immeuble sont également anéantis, le tout à la condition, bien entendu, que l'action en résolution ait

été réservée régulièrement par l'inscription conformément à l'art. 246 ou 247 (L. F.) (1).

Ces principes ne sont pas relatifs exclusivement au vendeur : comme le dit en terminant l'art. 279 « les dispositions qui précèdent sont applicables aux coéchangistes et au *donateur* (2) ». Leur application en ce qui concerne les coéchangistes ne souffrent aucune difficulté; ceux-ci, s'ils ont inscrits leur hypothèque et leur action en résolution conformément aux art. 239, 246 ou 247, conservent le droit d'option ainsi qu'il est stipulé dans l'art. 279(3). Mais une difficulté se présente relativement au donateur : aucun texte de la loi foncière ne lui reconnaît une hypothèque forcée et s'il a le droit de résolution(action en révocation), lorsque le donataire n'exécute pas ses obligations, c'est en vertu de l'art. 954 du Code Civil. Il ne peut donc s'agir pour lui, semble-t-il, d'un droit d'option puisque l'un des deux termes du choix — l'hypothèque — n'existe pas. Mais l'on comprend que la loi foncière lui suppose ce droit d'option si l'on assimile, comme nous l'avons fait, la vente et la donation avec charges. Celle-ci, étant une vente jusqu'à concurrence du montant de la charge, constituera, pour le donateur, une cause d'obtention d'une hypothèque forcée sur l'immeuble donné, lorsqu'il n'en aura pas été réservée conventionnellement (4). Mais dans le cas où la donation a été une pure libéralité, c'est-à-dire lorsqu'aucune charge n'a été imposée au donataire, il n'y a lieu ni à une hypothèque forcée, ni à une action en résolution et la disposition finale de l'art. 279 demeurera sans objet (5).

(1) Le texte officiel de la loi porte le mot « donataire ». C'est là certainement une erreur d'impression : l'action en résolution comme l'hypothèque forcée appartient au donateur ayant fait une donation avec charges et non au donataire contre lequel elles s'exercent.

(2) V. Supra, p. 206.

(3) V. Supra, p. 210.

(4) Suprà chapitre des hypothèques forcées p. 207.

(5) La loi belge du 16 décembre 1851, ainsi que cela a été dit dans notre seconde partie, accorde un privilège au donateur à la condition que l'acte de donation en indique l'objet et le montant et elle le subordonne, quant à son efficacité à l'égard des tiers, à la formalité de la transcription.

§ III. — Option des créanciers hypothécaires Réquisition de mise aux enchères. — Adjudication

Les notifications à fin de purge ayant été régulièrement effectuées par le nouveau propriétaire les créanciers, touchés par elles, peuvent opter entre deux partis : accepter les offres présentées ou requérir la mise aux enchères. Dans ses prescriptions sur ces points la loi foncière ne s'éloigne pas sensiblement de celles du Code Civil : nous en marquerons au fur et à mesure les différences.

Lorsque les offres paraissent suffisantes aux créanciers hypothécaires, c'est-à-dire si la somme est de nature à les désintéresser ou dans le cas contraire, si elle était égale ou à peine inférieure au prix que donnerait l'adjudication, ils sont portés à ne pas requérir la mise aux enchères et à adhérer aux propositions du nouveau propriétaire. Ceci étant, leur acceptation lorsqu'elle n'a pas été expressément signifiée ou lorsque les créanciers s'abstiennent de toute réquisition pendant le délai de quarante jours, sera *tacite;* l'acceptation est dite *forcée* lorsque le créancier n'a pas observé, dans la réquisition de mise aux enchères, les formes prescrites par la loi.

Mais de quelque nature qu'elle soit, l'acceptation produit les conséquences déterminées par l'art. 281 (L. F.) « A défaut par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire ». L'acquiescement des créanciers à la pollicitation du tiers détenteur crée entre eux et ce dernier une véritable convention d'après laquelle l'immeuble sera affranchi des hypothèques qui le grèvent sous la condition du paiement de la somme offerte (1). Ce contrat forme ainsi la nouvelle situation des parties en présence et leur consentement unanime est nécessaire pour y apporter atteinte.

(1) Tribunal de la Seine 16 mai 1893 D. 93.2.553.

Mais il n'en demeure pas moins un rapport de droit et comme tel susceptible d'être attaqué par les voies légales: ainsi il a été jugé que si l'acquéreur n'a pas déclaré dans ses notifications le prix réel de la vente, les créanciers ont le droit d'exiger le paiement de la différence; la doctrine est dans ce sens (1).

Il est aussi à remarquer que cette convention ne sort à effet que si elle est suivie de l'acquittement des créances : « Le nouveau propriétaire, dit l'art. 281 dans son troisième paragraphe, se libèrera des hypothèques, soit en payant aux créanciers inscrits en ordre utile les créances exigibles ou dont l'acquittement lui est facultatif (2), soit en consignant le prix jusqu'à concurrence de ces créances ». Si le nouveau propriétaire opte pour la consignation, les règles du droit commun ne lui sont pas applicables; il n'y a pas lieu, notamment, aux offres réelles puisque celles-ci supposent le refus du créancier à être payé ni non plus à la notification de la consignation car la loi foncière ne l'exige pas et c'est dans la loi foncière qu'il puise la faculté de consigner (3).

La somme offerte par le nouveau propriétaire devra se répartir entre les créanciers selon l'ordre des inscriptions et celles-ci seront radiées au fur et à mesure; s'il y a des hypothèques qui ne viendraient pas en ordre utile, elles seront également rayées : c'est ce que dit le second paragraphe de l'art. 281 ainsi conçu : « les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile sur le prix seront rayées pour la partie qui l'excèdera, par suite de l'ordre amiable ou judiciaire dres-

(1) Voir jurisprudence dans répertoire de DALLOZ au mot privilège n° 2113 et 2114 — AUBRY et RAU III p. 533 et notes 101 et 102, § 294 — LAURENT, XXXI, n° 555 — TROPLONG, IV, n° 957.

(2) Les créances dont l'acquittement lui est facultatif sont celles qui sont à terme, quand le terme est stipulé en faveur du débiteur (argt. art. 278 § 2).

(3) Même solution en droit français. Jurisprudence au mot privilège répertoire DALLOZ n° 2166 et 2168. Mais on décide généralement que les créanciers peuvent stipuler dans leur réponse aux offres du nouveau propriétaire comme condition de leur acceptation, sa renonciation à la faculté de consigner (répertoire DALLOZ au mot privilège n° 2164).

sé conformément aux lois de procédure ». Les créanciers ainsi exclus n'ont pas à se plaindre puisqu'ils auraient pu poursuivre l'expropriation forcée : s'ils ne l'ont pas fait, s'ils ont acquiescé aux offres du tiers acquéreur, c'est qu'ils se sont bien rendus compte que la somme, qui serait résultée de l'adjudication, n'aurait pas été sufffsamment élevée pour justifier une réquisition de mise aux enchères.

Nous avons vu que la loi tunisienne du 1er juillet 1885, à la différence du Code Civil français, maintient malgré la purge le délai stipulé dans le contrat hypothécaire soit au profit du créancier, soit au profit du débiteur originaire (art. 278 § 2). Si le nouveau propriétaire entend jouir des termes et délais accordés au débiteur la puge ne saurait avoir d'effet relativement aux créances hypothécaires à terme qu'à l'échéance et moyennant le paiement : jusque-là les inscriptions qui les concernent subsistent entièrement. Il en est de même dans le cas où le terme est stipulé à l'avantage du créancier qui ne veut pas y renoncer. Tout cela résulte du dernier paragraphe de l'art. 281 ainsi conçu : « Il (*le nouveau propriétaire*) reste soumis aux hypothèques venant en ordre utile à raison des créances non exigibles dont il ne voudrait ou ne pourrait se libérer ».

Les créanciers hypothécaires qui jugent insuffisantes les offres du tiers détenteur ont le droit de requérir la mise aux enchères. C'est ce que dit l'art. 280 qui est, à quelques termes près, la reproduction de l'art. 2185 du Code Civil. « Lorsque le nouveau propriétaire a fait la notification, ci-dessus énoncée, dans le délai fixé, tout créancier dont l'hypothèque est inscrite peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques ». Qu'il vienne en ordre utile ou non, *tout créancier*, à la condition d'être inscrit, a la faculté de surenchérir, mais pour cela il ne suffit pas que l'hypothèque soit inscrite, il est nécessaire que cette inscription ait été faite dans les délais légaux et ait pour base une

créance non contestée (1). En outre, malgré les termes généraux de l'article, le vendeur, quoique créancier, n'a pas le droit de surenchérir, car il est tenu à la garantie et comme tel ne peut évincer (2). Mais l'article ne distingue pas entre le créancier à terme et le créancier conditionnel, la surenchère étant une mesure conservatoire (3). Quant à ceux auxquels l'hypothèque appartient par voie de cession ou par voie de subrogation, ils n'ont la faculté de surenchérir qu'autant que la cession et la subrogation ont été rendues opposables au nouveau propriétaire par une inscription antérieure à la vente (art. 343). Quelle est la capacité requise pour surenchérir ? La loi foncière n'avait pas à s'en préoccuper. On décide généralement en droit français que pour pouvoir surenchérir il faut être capable de s'obliger (4).

L'art. 280 impose à peine de nullité cinq conditions pour la validité de la réquisition de mise aux enchères. Il faut :

1° Que cette réquisition soit signifiée au nouveau propriétaire dans les quarante jours, au plus tard, de la notification faite à la requête de ce dernier, en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel du créancier le plus éloigné du tribunal qui doit connaître de l'ordre (5). Le Code civil règlemente différemment l'augmentation du délai à raison de la distance ; il se place au point de vue particulier de chaque créancier. L'art. 2185-1° porte en effet qu'on doit ajouter deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel *de chaque créancier requérant*

(1) Sur ce point, voir CAEN, 29 février 1844. DALLOZ, au mot surenchères, n° 216. PONT II, p. 609, n° 1340,. Voir INFRA. De la publicité des hypothèques.

(2) AUBRY et RAU, III, p. 524, note 56, § 294.

(3) Sur le principe, V. AUBRY et RAU, III, p. 524, § 294.

(4) Sur cette question voir en sens divers AUBRY et RAU, III, p. 565, note 61, § 294, p. 526, notes 68-69, § 294, p. 526, § 294. LAURENT, XXI, n° 498 et s. — PONT, II, n° 1342. — BAUDRY LACANTINERIE, Précis II, n° 1832. — Riom, 6 décembre 1865. D. 66. 5. 455. Rouen, 6 janvier 1846. D. 46. 2. 201.

(5) V. Code de pr. art. 1033.

Dans la loi du 1er juillet 1885, au contraire, le délai qui appartiendra, en vertu du calcul déterminé par l'art. 280-1°, au créancier le plus éloigné pour requérir la mise aux enchères sera celui de tous les autres.

2° que la réquisition contienne en second lieu « soumission du réquérant ou d'une personne présentée par lui de porter le prix à un dixième en sus de celui stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. » La loi foncière s'est écartée de la loi belge d'après laquelle la surenchère, comme dans la loi de Brumaire an VII, devra être du vingtième et a adopté le système du Code civil qui la fixe au dixième (art. 2.185-2°). Si, comme la pratique française semble le démontrer, la surenchère du dixième, étant donnés les frais qu'elle occasionne, revient à une élévation du 30 °/₀ du prix offert par le tiers acquéreur, il n'y a pas lieu de se féliciter de sa consécration par la loi foncière : elle rend très onéreux l'exercice du droit de surenchérir et conduit en définitive à son anéantissement.

L'article 280 indique l'étendue de l'augmentation que doit produire la surenchère « Cette enchère portera sur le prix principal et les charges, sans aucune déduction, mais non sur les frais du premier contrat (1) ». Il faut ajouter que dans la cas où le titre du tiers acquéreur n'est pas une vente l'augmentation s'effectuera sur la somme par lui déclarée (arg. art. 281) ;

3° que la même signification soit faite dans le même délai au précédent propriétaire *et* au débiteur principal ». La conjonction *et* a été ajoutée au texte de l'art. 2.185-3° C. c. qui supposait uniquement le cas le plus ordinaire, celui où le débiteur principal est en même temps le précédent propriétaire.

Dans le silence de la loi, la signification s'effectuera

(1) L'art. 1593 du Code civil les met en effet à la charge du tiers acquéreur.

conformément aux règles du droit commun : au domicile réel ou à personne (art. 68 C. pr. c.) (1) ;

4° « que l'original et les copies de ces exploits soient signés par le créancier requérant ou par son fondé de procuration expresse lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration. Ils devront aussi être signés le cas échéant par le tiers enchérisseur. » L'avocat-défenseur (avoué) devra donc être muni d'un mandat spécial exprès et non équivoque pour surenchérir au nom du réquérant ;

5° que dans sa réquisition de mise aux enchères « le réquérant offre de donner caution personnelle ou hypothécaire jusqu'à concurrence du prix et des charges. » C'est là une caution légale et comme telle soumise à l'art. 2.040 du Code civil aux termes duquel « toutes les fois qu'une personne est obligée par la loi à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2.018 et 2.019 » (2). S'il lui est impossible de présenter une caution, le créancier peut la remplacer par l'offre d'une hypothèque : c'est ce qui résulte de l'article précité de la loi foncière qui tranche ainsi une controverse qui existe sous l'empire du Code civil. L'acceptation de la caution personnelle ou hypothécaire devra être soumise à l'appréciation du tribunal ; aux termes de l'art. 832 du Code de procédure civile : « l'acte de réquisition de mise aux enchères contiendra, avec l'offre de l'indication de la caution, assignation à trois jours devant le tribunal, pour la réception de cette caution, à laquelle il sera procédé comme en matière sommaire. Cette assignation sera

(1) Aubry et Rau, III, p. 580, note 91, § 294.

(2) Aux termes de l'art. 2018 « le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'obligation et dont le domicile soit dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée ». Et l'art. 2019 ajoute que « la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce ou lorsque la dette est modique. On n'a point égard aux immeubles litigieux ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation.

notifiée au domicile de l'avoué constitué ; il sera donné copie en même temps de l'acte de soumission de la caution et du dépôt au greffe des titres qui constatent sa solvabilité. Dans le cas où le surenchérisseur donnerait un nantissement en argent conformément à l'article 2.041 du Code civil, il fera notifier avec son assignation copie de l'acte constatant la réalisation de ce nantissement. Si la caution est rejetée, la surenchère sera déclarée nulle et l'acquéreur maintenu, à moins qu'il n'ait été fait d'autres surenchères par d'autres créanciers (1) ».

Telles sont les formalités relatives à la réquisition de mise aux enchères. La loi foncière les impose toutes « à peine de nullité » (art. 280 in fine) : la jurisprudence française dans l'interprétation de l'art. 2.185 C. c., sur lequel est copiée cette dernière disposition, se montre relativement indulgente et il en résulte que ses décisions ne sont pas rigoureusement conformes au caractère impératif du texte.

Il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que la surenchère soit rendue publique : l'inscription du commandement à fin d'expropriation faite conformément aux art. 55 et 299-2° protège suffisamment les intérêts des tiers.

Effectuée par l'un des créanciers la surenchère profite aux autres et « le désistement du créancier réquérant la mise aux enchères ne peut, même quand le créancier payerait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication publique, si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers hypothécaires ou *si ces derniers, sommés par huissier au domicile par eux élus de poursuivre l'adjudication dans la quinzaine, n'y donnent pas suite* » art. 284. Ces derniers termes qui ne se trouvent pas dans

(1) L'alinéa premier de l'art. 832 C. de pr. exige, également à peine de nullité, que « les notifications et réquisitions prescrites par les articles 2183 et 2185 du Code civil (art. 276 et 280 de la loi foncière) soient faites par un huissier commis à cet effet, sur simple requête, par le président du tribunal de première instance de l'arrondissement où elles auront lieu ; elles contiendront constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre devront être opérés ».

l'art. 2.190 du Code civil, constituent la consécration de la validité de la renonciation tacite que le droit français n'admet point. L'acquiescement du tiers acquéreur, non exigé par l'art. 284, n'est pas nécessaire (1).

La réquisition, valablement faite et maintenue, est suivie de l'adjudication qui aura lieu suivant les formes de la procédure civile (art. 282) (2) et ce, comme l'ajoute l'art. 2.187 du Code civil qu'il faut combiner avec l'art. 282 de notre loi foncière « à la diligence soit du créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire » soit de tout créancier inscrit non surenchérisseur (art. 833 C. de p. revisé par la loi du 2 juin 1841 (3).

Mais le tiers détenteur, s'il est adjudicataire, est-il astreint à inscrire l'acte d'adjudication? L'art. 2186 du Code Civil et la loi belge ne le lui imposent pas. La loi foncière est muette mais son silence à cet égard ne saurait faire douter de la solution que fournissent les principes généraux. Le jugement d'adjudication doit, contrairement au Code civil, être rendu public par l'inscription ; il y a en effet, pour le tiers acquéreur, deux actes translatifs de propriété : d'abord l'acte de vente à lui consenti par le débiteur et en deuxième lieu le jugement d'adjudication qui, quoique affermissant sur sa tête le droit de propriété, ne constitue pas moins un nouveau titre de son droit et le seul en vertu duquel son droit existe. Le jugement d'adjudication est l'expression d'un état de choses nouveau et, comme tel, soumis d'une manière indistincte à la publicité par application du principe général de l'art. 343 d'après lequel « tous faits ou conventions ayant pour effet de transmettre déclarer, modifier où éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titu-

(1) Sur cette question voir PONT, II, p. 634, n° 1385. Cass. 24 avril 1855. D. 55. 1. 202.

(2) Conformément aux art. 836, 837 et 888. C. de pr.

(3) D'après la loi belge du 15 août la vente n'a pas lieu en justice ; elle s'effectue devant un notaire nommé par le jugement qui admet la caution.

laire ou de *modifier tout autre condition de son inscription* ..... seront pour être opposables aux tiers inscrits sur le titre par le conservateur de la propriété foncière ». Le jugement d'adjudication constitue bien un fait de nature à modifier la condition de l'inscription du droit de propriété puisqu'il ne se concilie pas avec l'inscription antérieure du commandement faite lors de la poursuite en expropriation conformément à l'art 55 (L. F). Notre solution est d'ailleurs confirmée implicitement par l'art. 358 qui prescrit au conservateur de prendre d'office une hypothèque, pour sûreté du prix de l'adjudication lors de *l'inscription du jugement d'adjudication*, sans distinguer si celle-ci est affectuée par le tiers détenteur ou par une autre personne.

La question ne souffre aucune difficulté lorsque l'adjudication est prononcée en faveur d'un tiers : l'inscription en est nécessaire pour la rendre opposable aux tiers car elle opère incontestablement une mutation de propriété (1).

Par un motif d'équité la loi foncière règle d'une manière conforme aux intérêts du tiers détenteur non adjudicataire le point de savoir à la charge de qui demeurent certains frais. L'art. 283 porte que « l'adjudicataire est tenu au delà du prix de son adjudication de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de son dépôt à la conservation de la propriété foncière, ceux d'inscription, ceux de notification et ceux faits par lui pour parvenir à la revente », sans préjudice naturellement du recours organisé dans l'art. 285 au profit de l'acquéreur. A notre avis l'adjudicataire devra, quoique la loi ne le dise pas, le désintéresser des impenses et amé-

(1) La jurisprudence française décidait que lorsqu'un tiers se rend acquéreur le droit de propriété du tiers détenteur ayant procédé à la purge est résolu avec effet rétroactif et l'adjudicataire tient son droit du débiteur principal Cass., 3 déc. 1887. S. 89, 1. 473, d'où certaines conséquences relatives aux fruits perçus pendant cette période. Cette théorie, critiquée vivement par les auteurs est aujourd'hui abandonnée par la Cour suprême V. LAURENT, XXI, n° 545. — AUBRY et RAU III, p. 525, note 110, § 294.

liorations qu'il a faites à l'immeuble adjugé dans les limites déterminées par l'art. 268 (L. F.) qu'il faut appliquer ici à raison de la parité de situation.

§ IV. — Hypothèses particulières

La loi foncière a envisagé dans les dispositions ci-dessus reproduites le cas où l'aliénation et par suite la purge, se référaient à un seul immeuble. Il est cependant des hypothèses où le titre d'acquisition du tiers détenteur comprend des meubles et des immeubles aliénés pour un prix unique alors que quelques-uns de ces derniers sont seulement hypothéqués. Le chapitre VI de la loi foncière se termine par leur examen et indique comment doit être reglée la détermination du prix dans les notifications adressées aux créanciers hypothécaires.

L'art. 286 § 1er porte : « Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait des immeubles et des meubles, ou plusieurs immeubles les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués, aliénés pour un seul et même prix ou pour des prix distincts et séparés, soumis ou non à la même exploitation, le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées, sera déclaré dans la notification du nouveau propriétaire, par ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre ». Si par conséquent, et c'est là la première espèce visée dans l'art. 286, la vente consentie au nouveau propriétaire a pour objet des immeubles et des meubles, le prix à offrir aux créanciers hypothécaires de l'un ou de tous les immeubles n'est pas de la totalité mais de la portion représentant l'immeuble ou les immeubles hypothéqués : on arrivera à la déterminer au moyen d'une ventilation. La solution est la même lorsque la vente comprend divers immeubles dont quelques-uns sont hypothéqués : ce ne sera pas le prix global qui sera offert aux créanciers, contre lesquels on pour-

suit la purge, mais la part du prix qui représente les immeubles qui leur sont hypothéqués.

La ventilation, dans les divers cas visés par l'art. 286, sera faite par le nouveau propriétaire dans les notifications à fin de purge : elle constitue, ainsi que cela est généralement décidé en droit français, une formalité essentielle et le défaut de ventilation entraîne la nullité des notifications si, par suite de son inaccomplissement, les créanciers hypothécaires ne sont pas suffisamment éclairés sur le parti à prendre.

En déterminant le montant de l'offre du tiers détenteur, la ventilation a pour effet de fixer la somme sur laquelle se calculera la surenchère : dans ce montant seront comprises les charges du prix (art. 286 et 276-2° combinés). Grâce à cette ventilaition le droit de réquisition du créancier surenchérisseur ne portera que sur l'immeuble hypothéqué : c'est ce que dit d'ailleurs l'art. 286 en son deuxième paragraphe « le créancier surenchérisseur ne pourra, en aucun cas, être contraint (ni n'a d'ailleurs le droit) d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance »

La disposition finale de l'art. 286 réserve l'action en garantie du tiers acquéreur qui subit cette éviction partielle « sauf, y est-il dit, le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait soit de la division des objets de son acquisition soit de celle des exploitations ». C'est là l'application des règles de droit commun en matière de vente précédemment rappelées en l'art. 271 de la loi foncière.

CHAPITRE VII

DE LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

Aux termes de l'art. 259 « l'hypothèque, soit volontaire soit forcée, n'existe à l'égard des tiers et n'a rang entre les créanciers que du jour de l'inscription prise dans la forme et de la manière prescrites par la présente loi ». Cette disposition est l'application du principe général posé en l'art. 15 d'après lequel « tout droit réel immobilier n'existera à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription à la conservation de la propriété foncière ». L'hypothèque, comme les autres droits réels, doit, pour devenir opposable aux tiers, être rendue publique et cette règle présente, ainsi que nous l'avons fait remarquer à différentes reprises, un caractère absolu dans la loi foncière : aucune des exceptions du droit français ne saurait y trouver place. Volontaires (conventionnelles et testamentaires) ou forcées les hypothèques sont subordonnées, quant à leur efficacité vis-à-vis des tiers, à leur publicité : ceux-ci, en d'autres termes, n'ont pas à en redouter l'exercice si elles sont demeurées occultes au moment où ils contractent et remplissent les formalités légales pour la conservation de leur droit.

L'hypothèque non inscrite ne peut donc être opposée aux tiers et il faut entendre par là, étant donnés les termes généraux de l'art. 259, toute personne qui a intérêt à se prévaloir du défaut de publicité, notamment les créanciers

chirographaires (arg. des mots entre créanciers, art. 259). La même solution est admise en droit français (1).

Lato sensu l'inscription consiste dans « l'accomplissement d'une formalité destinée à procurer aux tiers, acquéreurs ou créanciers, la publicité matérielle, durable et facile à chercher des mutations de la propriété immobilière et des démembrements ou charges qui peuvent en altérer la valeur (2) ». Dans un sens plus particulièrement relatif à notre étude, stricto sensu, nous pouvons définir l'inscription la constatation de l'existence d'une hypothèque sur le registre de la propriété foncière au feuillet concernant l'immeuble qui en est grevé. Elle constitue le seul mode efficace de publicité et la connaissance que les tiers auraient eu de l'hypothèque non inscrite ne saurait être un obstacle à leur droit de se prévaloir du défaut d'inscription. Les termes énergiques de l'art. 259 ne laissent aucun doute à ce sujet (arg. des mots « l'hypothèque... *n'*existe à l'égard de tiers *que* du jour de l'inscription » art. 259) et c'est ce que décident généralement la doctrine et la jurisprudence françaises (3).

On est cependant d'accord pour reconnaître que le tiers contractant ne peut opposer le défaut d'inscription lorsqu'il a renoncé à s'en prévaloir; comme le disent MM. Baudy Lacantinerie et de Loynes, il n'y a en jeu dans cette hypothèse que des intérêts privés et l'on doit appliquer la règle unusquisque potest juri in favorem suum introducto renuntiare. La même solution est admise dans le cas où l'absence d'inscription est la conséquence de manœuvres do-

(1) TARRIBLE. rép. V° inscription hypothécaire § 2 — GRENIER, t. I n° 60 — PERSIL, art. 2134 — PONT, II n. 729. Cass. 17 juin 1817 D. A. 9.239 et jurisprudence unanime.

(2) TROPLONG, commentaire sur la loi de 1855 (exposé des motifs — 1864 deuxième édition.)

(3) AUBRY et RAU III, p. 287 note 9 § 267 — PONT, II, n° 728. Pour la jurisprudence voir DALLOZ au mot privilèges n° 1371.

losives ou frauduleuses; leurs auteurs perdent le droit de l'opposer (1)

§ I. — En quel lieu l'inscription doit-elle être prise?

Toutes les inscriptions relatives à des immeubles immatriculés doivent être effectuées à l'unique bureau de conservation de la propriété foncière créé par la loi de 1885 dont le siège est à Tunis et qui opère à lui seul pour tous les immeubles immatriculés situés dans la Régence. Aux termes de l'art. 21, il est institué à Tunis une conservation de la propriété foncière de la Régence; le conservateur de la propriété foncière est chargé :

1° de l'immatricution des immeubles;

2° de la constitution des titres de propriété ;

3° de la conservation des actes relatifs aux immeubles immatriculés ;

4° de l'inscription des droits et charges sur ces immeubles (2).

Les réquisitions d'inscription peuvent être présentées tous les jours aux heures fixées par arrêté du Résident Général, les dimanches et jours fériés exceptés (3) (art. 2 du décret du 14 juin 1886 modifié par le décret du 16 mars 1892). Il est à peine besoin de dire que si, par extraordinaire, une inscription a été effectuée l'un de ces jours elle n'est pas pour cela nulle : pas de nullité sans texte ; mais il est certain toutefois qu'elle ne prendra rang que le lendemain.

(1) Baudry Lacantinerie et de Loynes priv. et hyp. t. II, n° 1539 — Troplong II, n° 509 — Aubry et Rau III, p. 287 § 267 — Laurent XXXI, n° 243 et s. — V. cependant Cass. 7 décembre 1831 S. 33.1.315. D. P. 32.1.414 et la critique de cet arrêt dans Pont II, n° 728.

(2) Le service intérieur de la conservation a été plus spécialement réglé par le décret du 14 juin 1886 ; les dispositions concernant la partie matérielle du service, le cautionnement etc. s'y trouvent indiquées.

(3) Aux termes de ce même article les jours fériés sont : le 1er janv. de l'année grégorienne, le lundi qui suit le jour de Pâques et la Pentecôte, l'Ascension, le 14 juillet, le 15 août (Assamption), le 1er novembre (Toussaint) et le 25 décembre (Noël).

L'inscription des hypothèques s'effectue sur le registre de la propriété foncière au feuillet réservé à l'immeuble qu'elles grèvent. Nous avons vu en effet que l'innovation pratique la plus importante de notre loi a consisté dans la substitution d'un régime de publicité réelle au système de publicité personnelle du Code civil et de celui des nations qui en ont subi l'influence. Chaque immeuble ayant un état-civil particulier une individualité propre, indépendante de celle du propriétaire, l'inscription d'une hypothèque se prend non sur celui-ci comme en droit français mais sur l'immeuble même : c'est dans le feuillet qui le concerne que viennent se grouper toutes les inscriptions y relatives en sorte qu'un simple relevé des charges qui y sont mentionnées donne aux tiers une connaissance exacte et complète de sa situation juridique. Il est inutile, croyons-nous, de s'appesantir outre mesure et à nouveau sur les avantages considérables de cette réforme qui rend faciles et certaines les recherches et donne au crédit immobilier une base solide et sûre.

§ II. — En quel temps l'inscription peut-elle ou doit-elle être prise

L'inscription, étant une formalité par laquelle se manifeste l'hypothèque, ne peut être prise que lors de l'existence de celle-ci. Tel est le principe et son application ne souffre aucune difficulté dans notre loi en ce qui concerne les hypothèques testamentaire et conventionnelle. L'une et l'autre sont susceptibles de publicité lorsque la succession est ouverte, lorsque la convention est parfaite. Il importe peu que l'hypothèque soit conditionnelle : l'inscription est une mesure conservatoire et comme telle le créancier a le droit d'en demander l'accomplissement en attendant celui de la modalité.

Le seul fait de son existence n'est pas à lui seul une

condition suffisante pour donner droit à l'hypothèque de la femme mariée et du mineur. Cette garantie, quoique naissant en même temps que l'incapacité qu'elle a pour but de protéger et indépendamment de toute convention, ne peut être inscrite dès ce moment : il est essentiel qu'elle ait été préalablement spécialisée (art. 240-243 L. F.) (1).

Sous réserve de cette exception toute hypothèque peut être inscrite dès qu'elle existe et, comme le rang des hypothèques est intimement lié à la date de l'inscription, il va de soi que le créancier a intérêt à être le plus diligent possible. Aucun délai cependant ne lui est imparti à cet effet : tant que l'hypothèque subsiste la publicité en est possible. Mais cette règle comporte des exceptions très importantes : il est certains événements dont la survenance constitue un obstacle à l'accomplissement valable de l'inscription. Ces événements sont : 1° l'inscription d'un commandement à fin de saisie immobilière ; 2° l'inscription de l'acte d'aliénation ; 3° la faillite ; 4° la mise en liquidation judiciaire du débiteur ; 5° sa mort, si sa succession est ensuite acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou déclarée vacante.

1° *Inscription d'un commandement à fin de saisie immobilière*

Toute poursuite en expropriation d'immeubles doit, comme nous l'avons indiqué plus haut, être précédée d'un commandement de payer fait à la diligence et requête du créancier, à la personne du débiteur ou à son domicile par le ministère d'un huissier. Ce commandement n'a, par lui-même, aucun effet sur les inscriptions ultérieures de droits réels dont est affecté l'immeuble qu'il concerne : les créanciers hypothécaires peuvent efficacement inscrire leur garantie et prendre rang nonobstant le commandement. Il

(1) V. suprà chapitre des hypothèques forcées p. 184 et 194.

en serait autrement si ce dernier a été signifié à la Conservation : aux termes de l'art. 55 (L. F.), reproduit à nouveau par l'art. 299 « tout commandement à fin de saisie immobilière pourra être signifié au conservateur de la propriété foncière qui l'inscrira sur le titre. A partir de cette signification aucune inscription nouvelle ne pourra être prise sur l'immeuble pendant le cours de l'instance en expropriation ou licitation ». Le créancier hypothécaire non inscrit est déchu du droit de suite et subit le concours des créanciers chirographaires (arg. art. 259).

2° *Inscription de l'acte d'aliénation*

La constitution d'hypothèque et plus généralement de droits réels n'est pas un obstacle à l'aliénation, par le débiteur, de l'immeuble qui en est grevé, mais celle-ci n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été inscrite : jusque-là, en effet, la propriété, à leur égard, demeure fixée sur la tête du débiteur (arg. art. 343). L'inscription de l'aliénation ne se limite pas toutefois à cette conséquence : elle a également pour effet de purger l'immeuble aliéné de tous les droits réels non inscrits. Aucune disposition, il est vrai, ne le dit en termes exprès mais cela résulte de l'économie générale de la loi et implicitement de certains de ses textes notamment de l'art. 375 aux termes duquel « l'immeuble bien que changeant de propriétaire reste affecté de tous les droits réels immobiliers *inscrits* sur le titre de propriété ». Dès la publicité de l'aliénation (donation, vente, échange, etc.) les hypothèques non inscrites, consenties du chef de l'aliénateur, sont dénuées de toute efficacité au double point de vue du droit de préférence et du droit de suite.

3° *Faillite du débiteur*

L'art. 2146 al. 1 in fine du Code Civil porte : « Elles (*les inscriptions*) ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouver-

ture des faillites sont déclarés nuls ». Ce texte doit être combiné avec celui de l'art. 448 du Code de Commerce, modifié par la loi du 28 mai 1838, aux termes duquel « les droits d'hypothèque..... valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. — Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque..... et celle de l'inscription. — Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise ». En tempérant le système rigoureux du Code de 1807, disent MM. Lyon-Caen et Renault « le législateur de 1838 a redouté qu'un commerçant « pût conserver jusqu'au jour de sa faillite un crédit ap- « parent de nature à induire le public en erreur sur sa si- « tuation, grâce à la complaisance de ses créanciers qui « retarderaient l'inscription de leurs hypothèques. Dans « ce but, le Code de Commerce, modifié en 1838, donne au « juge la faculté de prononcer la nullité des inscriptions « prises avant le jugement déclaratif, pourvu qu'elles l'aient « été depuis la date de la cessation de payements ou dans « les dix jours précédents, dès que le long temps écoulé « depuis la naissance de l'hypothèque implique négligence « de la part des créanciers ».

Ces diverses dispositions sont-elles applicables aux hypothèques consenties sur les immeubles immatriculés ? Le doute naît de l'abrogation de l'art. 235 de la loi foncière, qui les consacrait (1).

Dans une opinion l'on soutient que cette abrogation équivaut à l'exclusion de toute application en Tunisie du premier alinéa de l'art. 2146 du Code Civil et par conséquent de

(1) Loi modificative du 16 mars 1892.

l'art. 448 du Code de Commerce. Les inscriptions prises après l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent ne pourront êtredéclarées nulles alors même qu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription. Le principe de la force probante, en vertu duquel tout droit acquis sur la foi du registre foncier est garanti contre toute discussion, commande impérieusement cette solution qui s'harmonise avec l'économie générale de la loi nouvelle : son art. 38 ne porte-t-il pas, en effet, que « toute personne, dont les droits auraient été lésés par suite d'une immatriculation ou d'une *inscription,* n'aura jamais de recours sur l'immeuble, mais seulement, en cas de dol, une action personnelle en dommages-intérêts contre l'auteur du dol ». Cette solution, ajoute-t-on est la seule qui ménage les intérêts des commerçants. En exigeant une garantie hypothécaire le créancier a entendu se mettre à l'abri du concours des créanciers chiographaires et il serait trompé dans son attente si par suite de la faillite du débiteur il avait à le subir. Il s'ensuivra que, dans cette crainte, les capitalistes hésiteront toujours à prêter aux commerçants c'est-à-dire à ceux qui ont le plus besoin de crédit.

D'après une seconde opinion, qui nous semble fondée en droit et qui est consacrée par la jurisprudence des tribunaux de la Tunisie et par la Cour d'Alger, l'abrogation, par la loi du 16 mars 1892, de l'art. 235 de la loi foncière, implique le renvoi à l'art. 448 du Code de Commerce et à l'art. 2146 du Code Civil, sur lequel cet art. 235 avait été copié L'art. 2 de la loi foncière porte, dit-on en cette opinion, que « les dispositions du Code Civil français qui ne sont contraires ni à la présente loi, ni au statut personnel ou aux règles de successions des titulaires de droits réels immobiliers, s'appliquent en Tunisie aux immeubles immatritriculés et aux droits réels sur ces immeubles. » Or, en

quoi la disposition de l'art. 2146 du Code Civil est-elle contraire à la loi foncière? Certes, le principe de la force probante que l'on oppose dans la première opinion, veut que toute restriction au droit de disposer, la cessation des payements en l'espèce, soit indiquée sur le registre foncier. Mais nous ne trouvons pas dans la loi de 1885 un texte qui pose ce principe en termes généraux et absolus. Bien au contraire, elle détermine les cas où une cause d'éviction demeurée occulte ne pourrait être opposée à un droit réel inscrit (cpr., art. 252, 343, 16, 371); nulle part il n'est question de la publicité des évènements de la faillite.

Quant à l'argument tiré de l'art. 38, il n'est d'aucune valeur en la matière : cette disposition se réfère exclusivement à l'hypothèse d'une inscription injustifiée faite lors de l'immatriculation d'un immeuble, et a pour objet d'accentuer les effets énergiques de la purge que l'immatriculation produit.

Comme on le voit, il n'y a, en l'état actuel de la législation tunisienne, aucune incompatibilité entre les textes combinés du Code Civil et du Code de Commerce et la loi foncière : ils devront, en vertu de l'art. 2 (L. F.), se souder à elle et recevoir toute leur application aux immeubles immatriculés. Il s'ensuit, par conséquent, que les inscriptions prises à l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription.

4° *Liquidation judiciaire*

Aux termes de l'art. 5, al. 2 de la loi française du 4 mars 1889 (arg. art. 2 L. F.), aucune inscription ne peut plus être prise après le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire; mais il n'y a pas de période suspecte, antérieure à la mise en liquidation.

5° Acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur

« Il en est de même [c'est-à-dire que les inscriptions ne produisent aucun effet] entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire (art. 2146 C. C., arg. art. 2 L. F.) Ce texte de l'art. 2146 du Code Civil était reproduit en l'art. 236 de la loi foncière du 1er juillet 1885 qui a été abrogé par la loi du 16 mars 1892. Cette abrogation implique le renvoi au deuxième alinéa de l'art. 2146 C. C. (1).

§ III. — De la réquisition d'inscription

Aux termes de l'art. 357, tel qu'il a été remanié par la loi de 1892, « toute personne intéressée pourra, en produisant les pièces dont le dépôt est prescrit par la présente loi, requérir du conservateur l'inscription..... d'un droit réel immobilier ». L'ancien texte était conçu en termes différents : comme en droit français il admettait que la réquisition d'inscription pouvait être effectuée soit par la personne intéressée, soit « par un tiers muni de pouvoirs réguliers ». Quels sens doit-on attribuer à la modification apportée par la loi de 1892 : faut-il décider que la suppression de ces derniers termes a été faite dans le but d'exclure le mandat pour l'accomplissement de cette formalité ? La négative nous paraît certaine, car rien ne justifierait une telle solution ; l'on ne comprendrait pas en effet pourquoi, ayant le droit de donner mandat à une personne pour faire certains actes juridiques d'une nature plus grave, par exemple des aliénations, on ne le pourrait point pour effectuer une inscription qui n'est, somme toute, qu'un simple moyen de conservation du droit et non le droit lui-même. Une pareille restriction serait de nature à porter un coup sérieux à la

(1) V. SUPRA, *3e Faillite du débiteur.*

marche et au mouvement des transactions pour lesquelles il est de principe que toute facilité constitue un progrès. Nous croyons que, même sous l'empire de la loi de 1892, la procuration à fin de réquisition d'inscription sort à effet et ne saurait être une cause de fin de non recevoir de l'inscription. Si cette loi a retranché du nouveau texte les termes dont il s'agit c'est qu'ils étaient absolument inutiles comme reproduisant une règle de droit commun que nul ne songe à contester.

Mail il va de soi que le mandataire doit remplir les conditions détermées par la loi, (art. 1985 et s. C. C.) (1) et accomplir les obligations auxquelles est assujetti le mandant lui-même de par la loi foncière quant à la forme des actes que l'on présente à la convention, qui mandat ipse fecisse videtur; à défaut de quoi le conservateur rejettera la réquisition d'inscription.

Il suffit d'avoir intérêt pour pouvoir demander l'inscription de l'hypothèque : telle est la règle posée par l'art. 357 en termes très généraux. Elle reçoit son application pour l'hypothèque conventionnelle, mais elle est restreinte par l'art. 361, relatif à l'hypothèque testamentaire qui « sera inscrite par le conservateur sur le dépôt du testament ou de la copie authentique à *la requête du légataire* ». La règle reprend son empire et est même encore plus large lorsqu'il s'agit des hypothèques forcées de la femme et du mineur : en dehors de ces incapables, certaines personnes ont le droit d'en requérir l'inscription, bien quelles n'aient aucun intérêt à cette fin, en vertu d'un mandat à eux conféré par la loi. L'inscription des droits des mineurs et des interdits sera faite à la requête des tuteurs ou subrogés tuteurs et à défaut à la requête des membres du Conseil de famille, du procureur de la République, des juges de paix, du Consul, des parents, des amis et des incapables eux-mê-

(1) Voir Pau, 26 mars 1890 D. 91. 2. 110. 20 juin 1892, D. 93. 2. 161. Montpellier, 30 juin 1890, D. 91. 2. 181. Cass. 18 nov. 1895, D. 96. 2. 277.

mes (art. 359). L'inscription des droits de la femme mariée se fait à la requête du mari ou à défaut à la requête de la femme mariée, de ses parents ou de ses amis, (art. 360).

Il est un cas où une inscription doit être effectuée d'office par le conservateur ; c'est celui prévu par l'art. 358 deuxième paragraphe, « le conservateur devra également au moment de l'inscription d'un jugement d'adjudication prendre d'office au profit du débiteur saisi, du colicitant ou de leurs ayants droit une hypothèque pour sûreté du payement du prix de l'adjudication dont le paiement préalable ne lui serait pas justifié ».

La règle d'après laquelle l'intérêt constitue la base du droit de réquérir inscription reçoit dans l'art. 357, même qui la formule une limitation nécessitée par l'adoption de notre système hypothécaire à publicité absolue : l'inscription du transfert d'un droit réel n'est admise qu'autant qu'il y a une inscription précédente de ce même droit au nom de l'aliénateur. « Toute personne intéressée pourra, en produisant les pièces dont le dépôt est prescrit par la présente loi, requérir du conservateur l'inscription..... d'un droit réel immobilier. *Toutefois pour être inscrit, ce droit devra être tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise. En conséquence, dans le cas où un droit réel immobilier aura fait l'objet de plusieurs mutations ou conventions successives la dernière mutation ou convention ne pourra être inscrite avant les précédentes* ». Comme exemple approprié à notre matière, supposons que Primus fait cession d'une créance avant d'inscrire l'hypothèque qui garantit cette dernière : la cession d'une créance s'étend, cela est de principe, à ses accessoires. Par application de l'art. 357, le cessionnaire ne pourra rendre publique la cession à lui consentie, ce qui revient en somme à une inscription de l'hypothèque en sa faveur, tant que le contrat hypothécaire dont Primus consent la cession, n'a pas été lui-même inscrit : le contrat hypothécaire constitue une

convention passée *antérieurement* à la cession dont il est l'objet et comme telle, en vertu de la disposition reproduite ci-dessus, doit être mentionnée sur le registre avant elle. Autre est la question de savoir si le cessionnaire peut accomplir cette inscription du chef du cédant; la solution qui fait doute en droit français (1) est certaine dans notre loi foncière qui donne le droit de requérir inscription « à toute personne intéressée » ce qui, dans notre espèce, est le cas du cessionnaire.

Dans le cas de décès du titulaire d'une créance avant que l'hypothèque qui la garantit ait été inscrite, cette formalité peut-elle être accomplie pendant l'indivision ? La question est controversée en droit français; l'on décide généralement qu'elle peut être effectuée au nom du défunt par argument de l'art. 2149 (2). Elle ne se pose plus dans la loi tunisienne qui l'a tranchée dans l'art. 364, ainsi conçu: « en cas de décès d'un détenteur d'un droit réel immo- « bilier non inscrit, inscription pourra, avant liquidation « ou partage, être prise au nom de la succession sur la « seule production de l'acte de décès et ces inscriptions « seront modifiées après partage en conformité de l'acte de « partage qui sera produit ». Si lors de la cessation de l'indivision l'inscription n'a pas encore eu lieu, il va de soi qu'il appartient à l'héritier, dans le lot duquel est tombée la créance garantie, de la requérir.

§ IV. — Des obligations du requérant une inscription

Le requérant une inscription devra remettre au conservateur, pour chaque droit réel, les pièces dont le dépôt est prescrit par la présente loi (art. 362). Les anciens textes (3)

(1) Cpr. AUBRY et RAU, III, p. 318, notes 3, 4, § 270 et les autorités qu'ils citent, BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES priv. et hy., II, n° 1611.

(2) Laurent, XXXI, n° 46, AUBRY et RAU III, p. 317. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES priv. et hyp. II, n° 1610.

(3) **Anciens textes :**

Loi du 1er juillet 1885. — Le requérant une inscription, la radiation, réduction

en contenaient la nomenclature ; la loi modificative de 1892 l'a supprimée, en sorte que pour déterminer, sous son empire, les justifications à présenter lors de la réquisition d'une inscription, il faut se reporter à certaines dispositions éparses dans la loi foncière et à ses principes généraux et fondamentaux.

On peut ramener à cinq le nombre des formalités relatives à la réquisition d'inscription. Le requérant doit représenter au conservateur :

1° Un écrit constatant l'existence de l'hypothèque. L'art. 343 porte que « tous faits ou conventions ayant pour effet de transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titulaire ou de modifier toute autre condition de son inscription..... seront, pour être opposables aux tiers, constatés par écrit ». C'est cet écrit

ou rectification d'une inscription devra déposer les pièces dont il est parlé à l'art. 343, et reproduire, en outre, un bordereau contenant :

1° Les noms, prénoms, domiciles et professions des parties devant figurer dans l'inscription ;

2° Leur élection de domicile :

3° L'indication du droit réel immobilier ou du bail dont l'inscription, la radiation, la réduction ou la rectification de l'inscription est demandée, avec les conditions et clauses auxquelles est subordonnée son existence ou son service ;

4° La désignation de l'immeuble auquel s'applique le droit réel ou qui a fait l'objet du bail.

Loi du 16 mai 1886. — Le requérant une inscription, la radiation, réduction ou rectification d'une inscription devra remettre au conservateur, pour chaque droit réel, les pièces dont le dépôt est prescrit par la présente loi et produire, en outre, deux bordereaux contenant :

1° Les noms, prénoms, surnoms, professions et domiciles des parties devant figurer dans l'inscription ;

2° Leur élection de domicile conformément à l'article 350 ;

3° L'indication du droit réel immobilier ou du bail dont l'inscription, la radiation, la réduction ou la rectification de l'inscription est demandée avec les conditions et clauses auxquelles est subordonnée son existence ou son exercice ;

4° La désignation, conformément au titre de propriété, de l'immeuble auquel s'applique le droit réel ou qui a fait l'objet du bail et, dans le cas où un immeuble sera morcelé ou partagé, le nom sous lequel chaque partie devra être désignée sur les nouveaux titres de propriété ;

5° La date et la nature du titre :

6° Les énonciations prescrites par les art. 237, 368, 370 et suivants ;

Le conservateur, après en avoir mentionné le contenu sur son registre, remet au requérant l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription.

qui servira de base unique à l'inscription : la loi foncière à la différence du Code Civil n'impose pas la présentation de bordereau indépendamment de celle du contrat hypothécaire. Si l'hypothèque est conventionnelle on présente l'écrit qui la constitue ; il n'y a pas lieu de distinguer s'il est authentique ou sous-seing-privé puisque cette sûreté peut être consentie en cette dernière forme. (1) Pour l'hypothèque testamentaire, l'art. 361 détermine spécialement la nature de l'écrit « elle sera inscrite par le conservateur *sur le dépôt du testament ou de la copie authentique* [émanant du consul ou résultant d'un jugement] à la requête du légataire. »Les hypothèques forcées trouvent bien leur source dans la loi, mais pour être admises à l'inscription il est nécessaire qu'elles aient été préalablement spécialisées : en ce qui concerne celle de la femme mariée, selon que la spécialisation, élément nécessaire de son inscription, résulte du contrat de mariage ou d'un jugement ce sera l'un ou l'autre de ces actes que l'on présentera au conservateur ; il en est ainsi également de l'hypothèque forcée du mineur qui peut avoir été spécialisée soit par une délibération du Conseil de famille, soit par jugement (art. 240-242) (2).

Dans le cas où les actes sont rédigés en langue arabe ou étrangère ils ne pourront être produits à la conservation de la propriété foncière, s'il n'en est remis en même temps une traduction française in extenso ou par extrait (3) suivant

(1) Suprà, p. 230.

(2) Voir suprà, Hypothèques Forcées, Chapitre II, p. 175.

(3) Les traductions in extenso sont rédigées avec simplicité et briéveté. Les interprètes reproduisent le sens littéral des textes sauf à en expliquer l'esprit s'il y a lieu par des annotations. Lorsque l'expression à traduire n'a pas de terme correspondant ou équivalant dans la langue de la traduction ils rappeleront textuellement cette expression en indiquant toutefois le sens qui leur semble devoir y être attaché (art. 11 du décret du 16 mars 1892). Les traductions par extrait comprennent un relevé sommaire indiquant pour chaque acte ou écrit, la nature, la date et l'objet de l'acte ou écrit, les noms et qualités de toute les parties en cause ainsi que de toutes qui ont apposé leur signature ou leur sceau sur l'acte ou l'écrit. La désignation de l'immeuble devra être traduite in extenso (art. 12 du même décret).

le cas (art. 1 du décret du 16 mars 1892, 17 chaâban 1309, sur les interprètes). Ces traductions sont faites et certifiées par les interprètes traducteurs désignés conformément à l'art. 23 de la loi du 1er juillet 1885 et assermentés (art. 2 du décret précité).

L'écrit présenté à la conservation à fin d'inscription de l'hypothèque qu'il constate devra nécessairement être signé par les parties intéressées à moins d'être authentique ou judiciaire : toutefois les écrits rédigés par les notaires tunisiens, israélites ou musulmans, sont, quoique l'authenticité y soit attachée, soumis indistinctement à cette formalité. Dans l'un et l'autre cas la légalisation de ces signatures s'impose et ce, avant le dépôt de l'écrit qui les contient : elle sera effectuée, *en ce qui concerne les Européens* par l'une des autorités suivantes :

Le président du Tribunal civil ;

Les juges de paix ;

Les contrôleurs civils ;

Les présidents des Muunicipalités, s'ils sont de nationalité européenne et au cas contraire par le vice-président de cette nationalité ;

Les consuls, vice-consuls et agents consulaires pour leurs nationaux et protégés ;

En ce qui concerne les indigènes par :

Le premier ministre ou son délégué ;

Le président du Tribunal civil ;

Les juges de paix ;

Les contrôleurs civils ;

Les présidents des Municipalités s'ils sont indigènes et au cas contraire le vice-président indigène ;

Les cadis.

Si les parties ne savent ou ne peuvent signer, la reconnaissance de l'écrit est nécessaire : elle aura lieu en présence de deux témoins du sexe masculin sachant signer et ayant la capacité nécessaire pour contracter et devant l'une

des autorités ci-dessus indiquées et selon la même distinction. Le magistrat ou fonctionnaire certifiera la reconnaissance de l'écrit et le signera avec les témoins. Dans tous les cas les légalisations et reconnaissances devront être revêtues du sceau des magistrats ou fonctionnaires désignés ci-dessus dont les signatures seront elles-mêmes légalisées selon les règles ordinaires (art. 343). Le même article dispose que si le nom, l'état ou la demeure des parties ou des témoins ne sont pas connus du magistrat ou du fonctionnaire qui procédera à la légalisation ou devant lequel aura lieu la reconnaissance de l'écrit, ils devront lui être attestés par deux témoins connus de lui et ayant les mêmes qualités que celles indiquées ci-dessus c'est-à-dire être du sexe masculin, sachant signer et ayant la capacité nécessaire pour contracter ;

2° L'article 343 impose une seconde obligation au réquérant une inscription : les écrits, quelle qu'en soit la forme, qui constatent l'existence de l'hypothèque indiqueront l'état civil des parties contractantes et mentionneront leur contrat de mariage, s'il en a été fait un, ainsi que la date de ce contrat, les noms et résidence de l'officier public qui l'aura reçu ;

3° Toute personne au nom de laquelle inscription est prise à la conservation de la propriété foncière devra, en troisième lieu, faire élection de domicile en Tunisie au chef-lieu d'une justice de paix (art. 350).

4° Les écrits, convention ou jugement, contiendront la détermination de l'hypothèque qu'ils constatent. Étant donnée l'absence d'un texte formel on ne saurait exiger, à peine de nullité, l'indication du nom et du numéro du titre de propriété.

5° L'immatriculation d'un immeuble donne lieu dans la loi foncière comme dans l'Act Torrens à l'établissement par le conservateur d'un titre de propriété et de sa copie(1).

(1) V. Suprà, p. 138.

Le titre de propriété est le nom de la page du registre foncier relative à cet immeuble, la copie forme un cahier contenant l'extrait complet de cette page et est remise au propriétaire. Afin d'assurer la concordance entre l'un et l'autre l'art. 374 stipule que « toutes les fois qu'une ins« cription sera portée sur le titre de propriété elle devra « l'être en même temps sur les copies du titre que le con« servateur aurait délivrées ».

Le réquérant une inscription devra donc présenter au conservateur la copie du titre de propriété de l'immeuble grevé d'hypothèque. A défaut de cette production, le préposé refusera l'inscription si la formalité est destinée à constater un fait ou nne stipulation qui suppose le consentement du porteur. Or tel est le caractère de l'hypothèque volontaire ; si le débiteur veut se soustraire à l'obligation à laquelle il s'est soumis, s'il refuse en un mot la remise de la copie du titre de propriété le créancier ne pourra inscrire l'hypothèque à lui consentie. Un jugement peut-il cependant ordonner au conservateur de passer outre et d'inscrire l'hypothèque ? La négative doit, à notre avis, être admise. L'obligation du débiteur est en effet une obligation de faire : il s'est engagé en consentant l'hypothèque à accomplir un fait : la remise de la copie de titre. Or il est de principe que la contravention à une telle obligation, à l'exécution de laquelle il est impossible de parvenir en dehors de la volonté du débiteur, se résout en dommages-intérêts (art. 1142-1144 C. c.) Nemo podest prœcise cogi ad factum. Il s'ensuit que le jugement ne peut qu'ordondonner la remise de la copie de titre et porter condamnation éventuelle à des dommages-intérêts pour le cas d'inexécution. Cette solution est d'ailleurs fortifiée par les termes mêmes du nouvel article 375 (1) : dans quel cas, en

(1) Loi du 16 mars 1892 : modificative de la loi du 1885. L'ancien texte de l'art. 375 portait : à défaut de production de ces copies, si l'inscription est requise par le porteur des copies, le conservateur refusera de la porter sur le titre.

effet, le défaut de production de la copie de titre est-il un obstacle à l'accomplissement de l'inscription? C'est lorsque celle-ci est destinée « à constater un fait ou une stipulation qui suppose le consentement des porteurs. » Or il en est ainsi de l'hypothèque volontaire : un jugement qui ordonnerait son inscription nonobstant la non-présentation de la copie du titre constituerait une violation flagrante de la loi puisque celle-ci en exige formellement et sans aucune distinction la production lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, de l'inscription d'une stipulation qui suppose le consentement du débiteur.

Le requérant l'inscription d'une hypothèque forcée résultant de la convention (délibération du conseil de famille, contrat de mariage, acte de partage, contrat de vente ou d'échange) est soumis à la même règle : il doit produire la copie de titre de propriété. Mais lorsque l'hypothèque forcée est reconnue dans un jugement et que le débiteur refuse de remettre la copie, le conservateur peut passer outre et effectuer l'inscription sur le titre seulement. Nous nous trouvons là un effet dans un des cas d'application de l'art. 375 deuxième paragraphe puisque l'hypothèque forcée trouve sa source dans la loi. « Dans les autres cas [c'est-à-dire lorsque l'inscription est destinée à constater un fait ou une stipulation qui ne suppose pas le consentement des porteurs] le conservateur fera l'inscription, la portera sur le titre de propriété, la notifiera aux détenteurs des copies désignées dans les art. 51 et 52 et jusqu'à ce que la concordance entre le titre et les copies ait été rétablie il refusera toute nouvelle inscription prise de leur consentement ».

Telles sont les conditions imposées par la loi pour l'admission à l'inscription d'un droit réel : si elles se trouvent

Dans les autres cas il inscrira, notifiera l'inscription aux détenteurs des copies désignées dans les art. 51 et 52 et jusqu'à ce que la concordance entre le titre et la copie soit rétablie, il refusera toute nouvelle inscription prise de leur consentement.

remplies le conservateur est tenu de l'opérer sous peine de dommages-intérêts (art. 353). En l'absence de l'une d'elles, sauf cependant l'élection de domicile, la sanction sera celle prévue par l'art. 343 « A défaut d'exécution de ces prescriptions le conservateur refusera l'inscription. » Mais il ne faut point perdre de vue que toutes ces prescriptions relatives à la réquisition d'inscription sont instituées dans un seul but, celui d'éclairer le conservateur sur la réalité de l'existence de l'hypothèque et sur l'identité des parties contractantes : il importe, en effet, que les registres fonciers ne soient pas encombrés, à raison de la force probante que la loi y attache, de mentions inexactes ou infondées de nature à porter atteinte à leur autorité. Il s'ensuit que si, malgré l'irrégularité de la réquisition le conservateur opère l'inscription les tiers ne pourraient sous ce prétexte en contester la validité : il doit leur être indifférent que la réquisition ait été irrégulière lorsque l'inscription a été faite conformément à la loi et a rempli sa destination légale, celle de les avertir des charges qui grèvent l'immeuble.

Le conservateur, en outre des pièces énumérées en l'art. 342, a le droit et le devoir, dans le cas où, à ses yeux, la capacité des parties n'est pas suffisamment établie, d'en exiger l'entière justification : la force probante attribuée aux énonciations du registre explique et justifie ce droit de contrôle. Mais comme une telle recherche et l'apport des pièces justificatives peuvent traîner en longueur, la loi foncière, conciliant l'intérêt public et celui tout privé des parties contractantes, impose au conservateur de prendre d'office une inscription conservatoire ou prénotation pour la sauvegarde de leurs intérêts. L'art. 354 que nous nous bornons à transcrire indique dans quelles conditions elle doit être effectuée :

« Si le conservateur a des doutes sur la capacité des

parties, il procédera à une inscription provisoire et imposera au requérant un délai de quinzaine augmenté du délai des distances pour produire les justifications nécessaires. Ce délai courra à partir du lendemain de la remise de la notification, soit à la partie, soit au domicile élu ; si le dernier jour du délai se trouve être un dimanche ou jour férié, ce jour-là ne sera pas compté.

« Si les justifications sont faites dans le délai légal, l'inscription définitive prendra date du jour de l'inscription provisoire.

« Au cas contraire, l'inscription provisoire sera nulle.

« Quand les justifications seront jugées insuffisantes par le conservateur, l'inscription définitive ne pourra être prise, s'il s'agit d'un justiciable des tribunaux français, qu'en vertu d'un jugement du tribunal civil rendu sur simple requête, contradictoirement avec le procureur de la République, et ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

« L'instance sera introduite dans les huit jours qui suivent l'expiration du délai fixé par le premier alinéa du présent article ; l'instruction se fera par simples mémoires remis au parquet.

« Le ministère des défenseurs ne sera pas obligatoire.

« Les jugements seront rendus dans les trois mois, au plus tard, à compter de l'introduction des instances, sur le rapport d'un juge, fait en audience publique et sur les conclusions du procureur de la République. Ils seront sans appel et ne pourront être attaqués par voie de cassation.

« S'il s'agit d'un indigène, l'instance sera introduite dans le même délai, et le jugement sera rendu, dans les trois mois, par le tribunal de l'ouzara.

« L'inscription ordonnée par le tribunal prendra rang également du jour de l'inscription provisoire.

« Les frais de l'instance resteront dans tous les cas à la charge du requérant ».

Les écrits reconnaissant l'existence de l'hypothèque que l'on présente à la conservation à fin d'inscription devront y être déposés, soit en original, soit en expédition, selon qu'il s'agit d'une convention ou d'un jugement; ce dépôt permettra le cas échéant, tant dans l'intérêt du conservateur que dans celui des parties, la confrontation entre l'écrit et l'inscription dont il a été la base. Si plusieurs originaux ou expéditions de ces pièces lui sont remis pour être inscrits, le conservateur n'en gardera qu'une et devra remettre les autres aux intéressés après y avoir mentionné que l'inscription a été effectuée (art. 343 in fine, cpr. art. 2150 du C. C.). Cette mention constituera une preuve pour l'inscrivant contre le conservateur dans le cas où, n'ayant pas opéré l'inscription, il nierait en avoir été requis.

Les pièces seront conservées dans les archives et des copies faisant foi de leur contenu et de la date du dépôt, pourront être délivrées à toutes époques aux intéressées.

L'inscription s'effectue dès la présentation des pièces déterminées par l'art. 343 ci-dessus indiquées. Telle est la règle, mais la loi, prévoyant le cas où par suite de l'encombrement des réquisitions l'inscription ne pourrait être effectuée immédiatement, prescrit au conservateur de tenir indépendamment du registre des titres de propriété, prévu par l'art. 45, un registre de dépôt où seront constatées par numéro d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront, les remises des documents à fin d'inscription. Ce registre est arrêté chaque jour par le conservateur : aux termes de l'art. 345 il sera tenu en double et l'un des doubles sera déposé sans frais et dans les trente jours qui suivent sa clôture au greffe du Tribunal de première instance de Tunis. Sur sa demande le déposant obtiendra du conservateur pour chaque document déposé, une reconnaissance qui reproduira la mention du registre des dépôts et rappellera le numéro d'ordre sous lequel cette mention a été portée (art. 346). Les inscriptions seront opérées par le conserva-

teur dans l'ordre et à la date indiqués par ce registre : chaque hypothèque prendra ainsi le rang qu'elle aurait dû avoir si elle avait été inscrite le jour même de la réquisition. La loi foncière a remédié par cette prescription à un état de choses de nature à se présenter chaque jour et concilié les intérêts particuliers avec les exigences de la pratique.

§ V. — De la forme des inscriptions

L'inscription a été imposée, ainsi que nous l'avons fait remarquer au début de ce chapitre, comme condition de l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers et c'est par elle que ceux-ci seront informés de son existence. Il importe par suite qu'elle contienne tous les renseignements qu'ils peuvent avoir intérêt à connaître. Mais si cet intérêt doit servir de base au législateur pour la détermination des formes de l'inscription il convient, d'autre part, pour ne pas surcharger les registres fonciers d'énonciations inutiles et fastidieuses de les réduire aux limites nécessaires : c'est ce qu'ont pensé les auteurs de la loi foncière. Les inscriptions, est-il dit dans les articles 351 et 368 combinés, sont portées par le conservateur au moyen de mentions sommaires effectuées sur le registre des titres de propriété et consisteront pour l'hypothèque dans l'indication du *propriétaire*, du *créancier* et du *montant de la créance*.

L'inscription doit, en premier lieu, contenir la désignation du propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque. Cette énonciation ne présente pas dans la loi tunisienne le même intérêt qu'elle a sous l'empire du Code Civil. En France et plus généralement dans les pays de publicité personnelle c'est sur le débiteur que l'inscription est prise et c'est aussi son nom qui guide les recherches dans les registres : ceci explique pourquoi en droit français l'indi-

cation du propriétaire est considérée comme une formalité des plus essentielles de l'inscription hypothécaire et pourquoi on l'exige individuelfe et spéciale « telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque, art. 2148-2° C. C. ». En Tunisie, au contraire, l'inscription est effectuée au feuillet consacré à l'immeuble dans le registre, feuillet qui indique en tête le nom de l'immeuble et celui du propriétaire, en sorte que la mention du nom de ce dernier, dans l'inscription fait double emploi avec la précédente.

De la combinaison de l'art. 368 et de l'art. 350 (L. F.), il résulte que l'inscription contiendra le nom du créancier et l'indication d'un domicile par lui élu en Tunisie au chef-lieu d'une justice de paix. La même disposition se trouve dans le Code Civil et l'on soutient, sous son empire, que l'absence d'une élection de domicile entraînerait la nullité de l'inscription : cette difficulté ne se rencontre pas dans la loi foncière dont l'art. 350 dispose en effet, que faute par le créancier d'avoir élu domicile toutes significations lui seront valablement faites au greffe de la justice de paix dans le ressort de laquelle sont situés les immeubles. Cet article ajoute « qu'il est loisible à celui au nom duquel une inscription a été prise ou à ses représentants (*héritiers ou cessionnaires*) de changer de domicile par lui élu à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même chef-lieu de justice de paix ». La demande de changement devra être faite par écrit et porter la signature de l'intéressé dûment légalisée (arg. art. 343).

L'indication de la créance, exigée en troisième lieu par l'art. 368, constitue une mention essentielle de l'inscription étant l'application de la règle de la spécialité : elle permet aux tiers de se rendre compte des limites dans lesquelles l'hypothèque grève l'immeuble, et par suite de l'état de solvabilité du débiteur. L'énonciation du capital s'effectue d'après la détermination qui en a été faite dans l'acte cons-

titutif; il est de principe dans la loi foncière que lorsque la créance est indéterminée, le montant devra en être évalué par les parties contractantes aussi bien dans le contrat hypothécaire que dans l'inscription.

Les noms du propriétaire, du créancier et le montant de la créance, telles sont les mentions relatives à l'hypothèque que doit constater l'inscription, aux termes de l'art. 368. Sont-elles les seules ? Nous ne le croyons pas : l'inscription doit en outre à notre avis faire connaître le terme fixé pour le paiement de la créance, et en faveur de qui il est stipulé. La nécessité de cette mention dans l'inscription résulte non seulement de la combinaison possible de l'art. 2148-4 du Code Civil et de notre loi foncière mais aussi et surtout de l'application de l'art. 278 (L. F.) que nous avons examiné précédemment (1) et d'après lequel le tiers acquéreur, qui veut purger, jouira, sauf disposition contraire dans les titres de créances, des termes et délais accordés au débiteur originaire et il observera ceux stipulés contre ce dernier. Cet article n'implique-t-il pas que l'époque de l'exigibilité a été ou doit être indiqué dans l'inscription qui, seule, porte l'hypothèque à la connaissance des tiers et leur permet de profiter de la disposition reproduite ci-dessus ? Il va de soi cependant que pour les hypothèques forcées de la femme et du mineur une telle mention est impossible puisque l'on ne peut prévoir à l'avance, au moment de leur inscription, quand prend fin le mariage ou la tutelle.

De la combinaison de l'art. 2148-3 du Code Civil avec notre loi foncière il résulte que l'inscription mentionnera également la nature du titre (contrat ou jugement ou testament) et sa date, afin d'apprécier la capacité des parties à cette époque-là.

Il est une autre mention que l'inscription doit contenir

(1) V. Suprà, p. 270.

le cas échéant, c'est celle prévue par l'art. 257 deuxième alinéa (L.F.) « Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle, la condition sera mentionnée dans l'inscription ». Cet article aurait été mieux à sa place dans la section IV, relative à la forme des inscriptions : respectant le plan de la loi foncière nous l'avons examiné sous son numéro au chapitre des hypothèques conventionnelles.

Les énonciations que doit contenir régulièrement l'inscription, étant déterminées, il s'agit de résoudre la délicate question de savoir si, en l'absence de l'une d'elles, l'inscription est viciée, si elle est nulle. Sous l'empire de la loi du 1er juillet 1885, la solution était fournie par le texte même qui les énumérait : aux termes de l'ancien art. 368 « les inscriptions de droits réels immobiliers indiquent *à peine de nullité* ». La loi modificative du 15 mars 1892 a supprimé ces derniers termes. La question demeure dès lors entière : l'on ne peut en effet interpréter cette suppression dans le sens de la validité de l'inscription irrégulière, ce qui constituerait une atteinte à la base même de notre loi foncière : conçoit-on, par exemple, comme valable une inscription qui n'indiquerait pas le montant de la créance hypothécaire. Il n'est pas non plus possible de décider, étant donnée la modification de texte, la nullité de l'inscription par suite de l'absence de l'une quelconque des mentions : une inscription serait-elle nulle parce qu'elle ne désignerait pas exactement le créancier ; de quelle importance son nom est-il pour les tiers ?

L'incertitude règne dans cette matière aussi bien dans la loi foncière que dans le Code Civil. La jurisprudence et la doctrine françaises sont d'accord pour estimer qu'il ne saurait y avoir à cet égard une solution absolue ; il y a lieu de distinguer entre les indications *substantielles* et celle dites *réglementaires* : l'absence seule de l'une des premières entraînera la nullité de l'inscription. Et pour déter-

miner les unes et les autres on se base sur l'esprit de la loi, sur le but en vue duquel la publicité des hypothèques a été établie. L'inscription, dit-on dans cette opinion, a pour fondement d'avertir les tiers des faits qui les intéressent et rien que de ceux-là : il s'ensuit que sont substantielles les énonciations ayant ce caractère, celles qui, d'après Aubry et Rau, sont indispensables « à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypthèques ». Les autres sont simplement réglementaires et leur irrégularité ou leur omission sont sans effet sur la validité de l'inscripion (1). Cette distinction doit, à notre avis, servir de base à l'examen de la validité de l'inscription dans la loi foncière, qui n'établit aucun système à cet égard.

Il est une mention dont la loi foncière a sanctionné formellement l'omission par la nullité de l'inscription : c'est celle du jour où l'inscription a été accomplie. « L'inscription mentionne, à peine de nullité, la date à laquelle elle a été effectuée (art. 369) ». L'absence d'une telle indication est, il est vrai, imputable au conservateur qui aurait dû la faire d'office et la loi semble très rigoureuse pour le créancier hypothécaire qui n'a pu vérifier son accomplissement. Mais, étant donné l'intérêt considérable que présente la date d'une inscription, particulièrement au point de vue du rang, le système de la loi se justifie : elle en tempère néanmoins le caractère rigoureux en donnant au créancier hypothécaire la ressource de mettre en jeu la responsabilité du conservateur négligent et d'obtenir ainsi réparation pour le préjudice éprouvé (art. 379). Remarquons que lorsque des omissions ou des erreurs auront été commises dans les inscriptions les parties et tout intéressé pourront

(1) Aubry et Rau, III, p. 346-3° et note 1. § 276. — Bordeaux 20 mai 1892, D. 92. 2. 416. — Cass. 9 janvier 1888, D. 88. 1. 101. — Bordeaux 12 janvier 1887, D. 87. 2. 91.

en demander la rectification : nous examinons, plus loin, en détail cette importante question.

L'inscription, ayant pour but de rendre l'hypothèque opposable aux tiers, il va de soi que le débiteur ne peut agir en nullité lorsqu'elle est irrégulière : entre les parties l'hypothèque existe indépendamment de toute publicité et il importe peu par conséquent que l'inscription soit ou non valable. Peuvent au contraire la contester ceux vis-à-vis desquels elle produit ses effets c'est-à-dire les tiers acquéreurs, les créanciers hypothécaires et même chirographaires, l'art. 259 ne distinguant pas.

§ VI. — Des intérêts conservés par l'inscription

En droit français, lorsque le capital est productif d'intérêts, l'hypothèque qui le garantit s'étend de plein droit à ces derniers et l'inscription, qui conserve ce capital à l'égard des tiers, conserve également à son rang la créance d'un certain nombre d'années d'intérêts déterminées par l'art. 2151 Code Civil pourvu seulement que le taux y soit mentionné. La loi foncière a dérogé à ces principes : le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages s'il s'agit de rente, n'a le droit d'être colloqué pour une année seulement et l'année courante au même rang d'hypothèque que pour son capital qu'autant qu'il y a une stipulation formelle en ce sens dans l'acte d'où procède l'hypothèque, que cette stipulatidn est mentionnée dans l'inscription et qu'il y a, dans l'un et l'autre, indication du taux de l'intérêt. Cette innovation de l'art. 237 a pour but de donner un surcroît de précision et de publicité : l'attention des tiers peu versés dans la science jurinique sera, grâce à ce système, attirée par la mention particulière relative aux intérêts et sur le simple examen de l'inscription ils seront à même de connaître non-seulement le montant de la créance hypothécaire mais aussi celui des intérêts.

La mention dans l'acte constitutif d'hypothèque et dans l'inscription de la stipulation, par laquelle il est reconnu au créancier le droit de se faire colloquer pour les intérêts au même rang d'hypothèque que pour le capital, ne lui donne pas ce droit pour tous les intérêts qui lui sont dûs lors de la distribution du prix d'adjudication : elle conserve ceux seulement « d'une année et de l'année courante » art . 237 (1).

Cette limitation de l'étendue de la collocation des intérêts au même rang d'hypothèque est conforme, non seulement au principe de la publicité mais encore à celui de la spécialité. Sans elle, les tiers ne pourraient se rendre un compte exact de l'étendue d'une charge hypothécaire : ils hésiteront à traiter avec le débiteur dans la crainte qu'une accumulation d'intérêts échus et non payés ne viennent absorber la valeur de l'immeuble hypothéqué, sans compter aussi les fraudes résultant de la collusion du créancier hypothécaire et du débiteur. Grâce à la limitation contenue dans l'art. 237 ils sauront, qu'en outre du capital inscrit, le créancier n'aurait droit pour les accessoires, au même rang, qu'à la date de l'inscription particulièrement prise pour les conserver (2).

L'inscription effectuée conformément à l'article 237 conserve, dit le texte, les intérêts d'une année seulement ». Cette année est une année quelconque au choix du créancier parmi celles qui se trouvent placées entre le moment où l'inscription a été opérée et celui où elle a produit son

(1) L'art 237 est relatif uniquement aux intérêts échus dans l'intervalle qui s'écoule entre la prise de l'inscription et l'époque où celle-ci a produit son effet légal. Pour ce qui concerne les intérêts échus au moment où l'inscription est opérée, le droit commun reprend son empire : l'inscription les conserve entièrement si elle en indique le montant.

(2) L'art. 237 est inapplicable est-il besoin de le dire aux intérêts des intérêts : ceux-ci forment en effet un nouveau capital qui doit être constaté par une convention et garanti par une nouvelle hypothèque dont le rang sera celui de son inscription (art. 1154 C. C.)

effet légal : le texte ne dit pas en effet que ce doive être nécessairement l'année qui suit l'inscription.

De plus, le créancier, ajoute l'art. 237, « a le droit d'être colloqué pour l'année courante » : tels sont également les termes de l'ancien art. 2151 du Code Civil et sous son empire, comme sous celui de notre loi, des difficultés existent pour la détermination « de l'année courante » (1) ; que faut-il entendre par année courante? En d'autres termes, quel est l'évènement qui a pour effet de donner la qualification d'année courante à une année postérieure à la prise d'inscription.

Dans une première opinion, qui est la plus généralement admise, l'évènement qui détermine l'année courante, c'est le moment où le créancier exerce son droit de préférence, c'est-à-dire forme la demande en collocation. « Jusque-là, dit M. Colmet de Santerre, il a dû faire les « actes conservatoires ; il a dû inscrire les années échues « au fur et à mesure que les échéances arrivent. Mais quand « il demande à être colloqué, il faut bien, s'il est au cours « d'une année, que cette année pour laquelle il n'a pas en- « core pris d'inscription ne soit pas perdue et voilà pour- « quoi la loi attribue aux intérêts de cette fraction d'année, « le rang du principal de la créance. On a pu et dû pré- « voir, en effet, que tôt ou tard le droit du créancier s'exer- « cerait sous forme de demande en collocation ; qu'à cette « époque, il serait dû quelques jours ou quelques mois « d'intérêts sur l'année dans laquelle on se trouverait et « que cette créance n'aurait pas dû être inscrite séparé- « ment. Les tiers qui calculent, au moment où ils prennent « eux-mêmes une inscription, le tort que leur fera une ins-

(1) La loi française du 17 juin 1893 a donné à l'art. 2151 une rédaction nouvelle et a mis fin ainsi, en supprimant toute fraction d'années, aux nombreuses controverses suscitées par l'ancienne disposition. Le nouveau texte porte que le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a le droit d'être colloqué pour trois années, au même rang que le principal. Cette modification ne saurait s'appliquer en Tunisie, étant contraire à une disposition expresse de la loi foncière (arg. art. 2).

« cription préexistante, doivent compter sur cette fraction « plus ou moins considérable des intérêts d'une année « qui les primera au même rang pour le principal. » (1) Pour cette opinion, l'année courante sera donc celle qui a pour point de départ le dernier anniversaire de l'inscription et dans laquelle se place la demande en collocation.

Dans un autre système, consacré par la Cour suprême et par des auteurs qui font autorité (2) l'évènement qui détermine l'année courante est celui qui fait produire à l'inscription son effet légal, ce qui a lieu, comme le dit M. Baudry-Lacantinerie « lorsque le créancier a acquis un droit irrévocable sur le prix de l'immeuble, lorsque son action hypothécaire se trouve éteinte et remplacée par une action personnelle et directe en payement du prix contre celui qui en est devenu personnellement et irrévocablement débiteur ». Tels seront, au cas de vente sur saisie, le jugement d'adjudication, et les notifications à fin de purger en cas de vente volontaire. Dans ce système l'année courante est celle qui part du dernier anniversaire de l'inscription et est interrompue par la survenance de cet événement.

Mais dans l'une et l'autre de ces opinions on reconnaît que la loi est défectueuse puisqu'elle donne à l'année courante une durée variable selon chaque cas, selon chaque espèce. Il est à souhaiter, étant données les difficultés et l'absence de fixité que présente la détermination de l'année courante, que le législateur tunisien, à l'instar du Code civil élimine toute fraction, et donne une limitation conforme de deux années d'intérêts.

La disposition de l'article 237 s'applique aussi bien à l'hypothèque volontaire qu'aux hypothèques forcées de la femme et du mineur : elle ne fait en effet aucune distinction et ses termes sont on ne peut plus généraux « *le créan-*

(1) COLMET DE SANTERRE, IX, n. 131 *bis*, IV.

(2) AUBRY et RAU, II, p. 859, n. 21. — Cass. 20 février 1850. S. 50. 1. 1. 85. — BAUDRY-LACANTINERIE, II, n. 1704. Cass. 27 janvier 1885. S. 86. 1. 109.

cier inscrit. » La solution contraire du droit français s'explique par ce fait que les hypothèques légales sont dispensées d'inscription tant pour le capital que pour les intérêts des créances par elles garanties; il n'aurait pu en être de même dans la loi foncière où toute hypothèque, volontaire ou forcée, ne s'acquiert à l'égard des tiers que par l'inscription (art. 259).

L'interprétation de l'article 237 soulève une difficulté d'un autre genre : supposons qu'un créancier se soit fait consentir une hypothèque pour la garantie d'un capital productif d'intérêts et qu'il ait omis de stipuler dans l'acte constitutif, et par suite dans l'inscription, que cette hypothèque s'étendait aux intérêts. Il est certain, l'art. 237 étant on ne peut plus formel, que, dans l'espèce, il ne pourra bénéficier du droit d'être colloqué relativement aux intérêts pour une année et pour l'année courante au même rang d'hypothèque que pour le capital. Mais pourra-t-il tout au moins prendre, au fur et à mesure que les échéances arrivent, des inscriptions, qui auront naturellement rang à *leur* date, pour les intérêts? L'affirmative, à notre avis, n'est pas douteuse : il s'agit ici d'un cas qui demeure en dehors de l'orbite de l'art. 237. Cette disposition, qui constitue un bénéfice de la loi au profit du créancier hypothécaire, se limite en effet, comme elle le dit elle-même, au cas où des intérêts seront conservés au même rang d'hypothèque que le capital. Or, dans notre espèce, il est question d'intérêts pour lesquels le rang dépend d'inscriptions qui leur sont particulières et à leur date. Le droit commun doit donc reprendre son empire : l'hypothèque s'étendra aux accessoires de plein droit sans qu'il soit nécessaire d'une stipulation dans l'acte constitutif. Les tiers ne souffrent aucun préjudice puisque les intérêts échus et non payés ne leur sont opposables qu'autant qu'ils ont été inscrits et à partir de ce moment.

§ VII. — Durée de l'inscription

Rompant avec le Code civil et la plupart des législations européennes (1) la loi foncière supprime la nécessité du renouvellement des inscriptions hypothécaires. « Les inscription prises, dit l'art. 238, auront la même durée que l'hypothèque. » Ce texte indique d'une manière insuffisante l'étendue de l'innovation : il faut le combiner avec celui de l'art. 47 qui pose le principe général d'après lequel « le titre de propriété et les inscriptions conservent le droit qu'ils relatent tant qu'ils n'ont pas été annulés, rayés ou modifiés. Que faut-il penser de ce nouveau système? »

On soutient, en faveur du principe du renouvellement obligatoire de l'inscription, à peine de péremption, qu'il offre l'avantage de faciliter les recherches du conservateur en les limitant à une période déterminée et celui, non moins important, de rendre inutile la radiation et d'éviter les frais qu'elle entraîne, puisque à l'expiration d'un certain délai, l'inscription devient par elle-même inefficace. Ce système présente toutefois des inconvénients de nature à en justifier l'abandon. La réinscription, en effet, nécessiterait la présentation des pièces prescrites pour l'inscription elle-même et occasionnerait chaque fois des frais que l'on a voulu éviter ; son irrégularité, d'autre part, en entraînerait la nullité et la perte d'un rang hypothécaire qui avait été conservé pendant une longue période de temps. En outre l'absence de radiation des inscriptions périmées laisse celles-ci intactes d'où il résulte un encombrement de mentions qui, en elles-mêmes, sont dénuées d'efficacité mais qui ne présente pas moins aux tiers une existence apparente.

(1) D'après l'art. 2.154 du Code civil la péremption de l'inscription se produit au bout de dix années — la loi belge du 16 décembre 1851 fixe un délai de quinze ans (art. 90). Le Code civ. italien stipule que l'inscription conserve l'hypothèque pendant trente ans à partir de sa date (art. 2.001).

Le système de la perpétuité des inscriptions, qui est celui de la loi nouvelle, pare à tous ces inconvénients et de plus, est le seul conforme au principe de la force probante attachée aux inscriptions du registre foncier. Du moment où l'on pose en règle générale que le livre foncier fera foi de ses énonciations on est forcé d'admettre que les inscriptions d'hypothèques conserveront leur efficacité tant qu'elles ne seront pas radiées matériellement.

§ VIII. — De l'opposition conservatoire ou Prénotation

Le principe de la force probante, admis par la nouvelle loi consiste, comme nous l'avons dit précèdemment, dans l'efficacité absolue de tout droit dont l'acquisition se base sur une inscription du livre foncier. Cette règle, qui confère aux tiers la sécurité la plus complète,puisque en traitant sur la foi du registre ils n'ont pas la crainte de voir surgir une charge non révélée, présente un grave inconvénient celui de léser dans certains cas des droits actuellement existants mais qui, parce qu'ils sont contestés, ne peuvent être inscrits et sont primés ainsi par ceux qui ont été inscrits avant la fin du litige. La loi foncière a paré à cette situation, qui était de nature à compromettre un de ses principes essentiels, par l'établissement d'une institution que nous avons déjà rencontrée dans les législations allemande. (Vomerkung) et espagnole (anotacione preventiva) : l'opposition conservrtoire ou prénotation.

Nous pouvons définir la prénotation une inscription conditionnelle prise sur un immeuble dans le but d'avertir les tiers qu'on prétend avoir sur cet immeuble un droit qui est contesté. La prénotation a le caractère essentiel de la condition : l'effet rétroactif. Si la personne ayant fait la prénotation de la demande judiciaire triomphe, tout droit inscrit depuis la prénotation est inexistant à son égard. Dans le cas où l'action échoue, ces droits conservent toute

l'efficacité que le principe de la force probante attache à l'inscription. C'est ce que dit en une brève formule l'art. 53 « la validité des inscriptions ultérieures restera subordonnée à la décision judiciaire. » Prenons un exemple emprunté aux hypothèques forcées. Supposons que le mari refuse de spécialiser l'hypothèque que la loi accorde à la femme; nous savons, qu'en vue de cette hypothèse, l'art. 244 autorise celle-ci à la requérir par voie de justice. Mais, pendant la durée de l'instance, le mari peut, par la concession d'autres hypothèques, ou même par l'aliénation de ses immeubles, rendre illusoire l'hypothèque qui sera plus tard reconnue à la femme par jugement, le principe de la force probante des registres fonciers mettant les acquéreurs à l'abri de toute éviction. Eh bien! le système des prénotations remédie à cette situation : l'art. 249 donne à la femme le droit d'inscrire la demande judiciaire qu'elle forme et qui sera ainsi protégée contre toute aliénation totale ou partielle, inscrite postérieurement. Les tiers ne trouveront rien à redire si, triomphant en justice, la femme conserve, à la date de la prénotation, son droit de préférence; cette prénotation les avait informés de l'existence d'un droit contesté, il est vrai, mais qui pouvait cependant être fondé.

Les inscriptions conservatoires ou prénotations n'auront d'effet que jusqu'au jugement définitif. Si celui-ci maintient tout ou partie de l'inscription, ce qui aura été conservé prendra rang à la date de l'inscription prise conservatoirement (art. 249).

Les faits juridiques sur la base desquels prénotation peut être prise sont indiqués dans les termes les plus généraux par l'art. 53. « Toute demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la modification de droits réels immobiliers pourra être mentionnée sommairement sur le titre, avant d'être portée devant le Tribunal ». L'art. 249 déclare également la prénotation possible pour les hypo-

thèques forcées du mineur et de la femme dans le cas où la spécialisation doit résulter d'un jugement et pour celles du vendeur, du copermutant du copartageant lorsque l'hypothèque et l'action en résolution, n'ayant pas été réservées dans la convention, font l'objet d'une reconnaissance judiciaire. Il y a un cas où la prénotation est effectuée en dehors de toute instance : d'après l'art. 354, si le conservateur a des doutes sur la capacité desrequérants, il doit, en attendant la production des justifications nécessaires, procéder à une inscription provisoire.

Tel est le système très ingénieux des prénotations ; comme on le voit, il ne porte aucune atteinte à la sécurité qu'un bon régime hypothécaire doit fournir aux tiers et la concilie au contraire avec la protection due aux intérêts des parties contractantes. Il semble cependant présenter l'inconvénient de laisser la porte ouverte aux abus : on pourrait, en effet, dans le but de nuire à une personne prendre prénotation pour un droit qui, en réalité, n'existe point et jeter ainsi, temporairement il est vrai, le discrédit sur sa solvabilité. Le danger était possible et la loi foncière, à l'instar de la loi allemande, l'a écarté en prescrivant qu'aucune prénotation, sauf celle de l'art. 354 que prend d'office le Conservateur, ne peut être opérée que sur la présentation à celui-ci d'une ordonnance du président rendue sur requête (art. 53).

§ IX. — De la rectification, radiation et réduction des Inscriptions

1° De la Rectification

La rectification a pour objet de faire cesser l'irrégularité contenue dans une inscription ou dans la copie de titre,

que cette irrégularité résulte de l'omission d'une énonciation ou d'une erreur.

Elle peut être opérée sur la demande de toute partie intéressée. Aucune forme solennelle n'est prescrite pour la réquisition à fin de rectification qui demeure soumise aux règles de droit commun, en matière d'inscriptions, déterminées par les art. 343 et s. précédemment étudiées. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer si l'irrégularité trouve sa source dans une faute des parties contractante ou dans celle du conservateur. Dans l'une et l'autre hypothèse tout intéressé a le droit d'en exiger la disparition (art.355 § 1°). Lex non distinguit. En cas de refus de la part du conservateur, la justice pourra ordonner les corrections sans préjudice des dommages-intérêts des parties. Dans un seul cas le conservateur a le droit d'accomplir la rectification *d'office et sous sa responsabilité,* c'est lorsque l'irrégularité provient de son chef, par exemple s'il a omis l'indication sur le registre d'une mention contenue dans la réquisition à fin d'inscription ou bien la date à laquelle celle-ci a été effectuée (art. 369). Il demeure néanmoins soumis à l'action en dommages-intérêts de la partie qui, intra tempus, a souffert de sa négligence.

Dans toutes ces hypothèses, que la rectification ait eu lieu à la requête des parties intéressées ou qu'elle ait éié opérée spontanément par le conservateur, elle est sans effet sur les droits acquis par les tiers en vertu de l'inscription irrégulière : ceux-ci pourraient s'en prévaloir nonobstant la rectification. Si, supposons-le, une inscription porte que l'hypothèque est stipulée pour la garantie d'un prêt de 10.000 francs alors que celui-ci est réellement d'une somme supérieure 15.000 par exemple, le créancier hypothécaire ne pourra, à l'égard des créanciers inscrits avant la rectification, se faire colloquer hypotécairement que pour la somme indiquée dans l'inscription soit 10.000 francs. C'est là une conséquence du principe fondamental d'après

lequel tous faits ou conventions, ayant pour effet de modifier un droit réel immobilier ou tout autre condition de son inscription, devront pour devenir opposables aux tiers, être inscrits (art. 343). Aussi pour sauvegarder les droits de ces derniers la foi foncière impose-t-elle au conservateur l'obligation de laisser intactes les premières inscriptions et de n'inscrire les corrections qu'à la date courante (art. 355.)

2° De la Radiation

La radiation, dit Laurent, consiste dans l'annotation, que le conservateur fait en marge de l'inscription prise sur ses registres, que cette inscription est radiée ou rayée en vertu de la mainlevée consentie par le créancier ou en vertu d'un jugement (1). Tel est le caractère de la radiation en droit français et tel il est aussi dans la loi foncière. Aux termes de l'art. 351 « Les inscriptions sont rayées par le conservateur de la propriété foncière au moyen de mentions sommaires faites sur le registre des titres de propriété » et, il faut l'ajouter, sur la copie du titre (argt. art. 374-375); l'inscription n'est pas rayée matériellement, c'est-à-dire biffée, effacée : elle demeure intacte, mais, en regard d'elle, il est simplement indiqué qu'elle est radiée, c'est-à-dire qu'elle n'existe plus juridiquement.

La loi foncière ne contient pas de dispositions spéciales relatives à cette matière : il faut dès lors se reporter à celles du Code Civil dont la plupart sont compatibles avec elle et doivent par conséquent recevoir leur application en Tunisie (argt. art. 2 L. F.).

L'art. 2157 de ce code reconnaît deux espèces de radiation : la radiation volontaire et la radiation judiciaire ou forcée « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose

(1) Laurent XXXI, n° 147.

jugée ». Nous allons examiner chacune des formes que peut revêtir la radiation.

a/ Radiation volontaire

La radiation volontaire est l'annulation de l'inscription hypothécaire du consentement du créancier et plus généralement de toute personne intéressée (art. 357) : le conservateur en est requis par la remise, qui lui est faite, d'un acte de mainlevée, acte unilatéral puisqu'il est l'expression d'une seule volonté, celle du créancier.

Aucune condition de forme n'est requise pour la validité de la mainlevée : elle doit simplement être constatée par écrit, en un mot, remplir les mêmes conditions qu'une réquisition à fin d'inscription (art. 362 et 343) et être accompagnée, lors de sa présentation au conservateur, de la copie du titre de propriété afin que celui-ci puisse y effectuer également la radiation. L'art. 2158 du Code Civil qui prescrit l'authenticité pour l'acte de mainlevée est dénué de toute application comme étant contraire à une disposition formelle de la loi foncière (art. 362, argt. art. 2); d'après celle-ci, en effet, l'inscription peut être requise en vertu d'un acte sous-seing privé, à fortiori sa radiation.

Il en est autrement de l'art. 1257 qui indique comme condition de fond de la validité de la radiation, la capacité de la personne qui la consent ; sa disposition peut et doit se souder à notre loi foncière. Si la mainlevée de l'inscription, lorsqu'elle est consentie après le paiement de la créance, constitue un acte normal, il n'en est plus de même lorsqu'elle le précède : elle présente alors un caractère plus dangereux, car, tout en laissant subsister l'hypothèque, la radiation fait perdre le rang que lui donnait l'inscription ; elle constitue comme une aliénation de la créance et il est dès lors tout naturel qu'une certaine capacité soit requise par la personne qui donne la mainlevée.

Il va de soi que la détermination de la capacité doit être

effectuée, comme tout ce qui se rattache au statut personnel, d'après la loi nationale (1).

Mais le conservateur a-t-il le droit d'apprécier la capacité de la personne qui a consenti la main-levée? L'affirmative résulte de textes formels de la loi foncière qui lui en font même une obligation (art. 343) et l'art. 354 lui indique les formalités à remplir lorsqu'il a des doutes à cet égard; c'est la solution qui triomphe dans la doctrine et la jurisprudence françaises, et qui doit d'autant plus être admise, sous l'empire de notre loi, qu'à la différence du Code Civil elle attribue au conservateur un rôle prépondérant et actif. Ce principe, qui le fait juge de la capacité des parties, lui permet et lui impose même l'obligation d'exiger la présentation de certaines pièces pour l'établir en dehors de celles déterminées par l'art. 343. Ainsi lorsqu'il s'agit d'un mineur français, le Code Civil n'autorisant le tuteur à demander valablement la radiation qu'autant qu'elle est la conséquence du paiement de la créance garantie, le conservateur doit, dès lors, obliger le tuteur, qui la requiert, à lui présenter une quittance libératoire. Une question délicate est celle de savoir la limite de la responsabilité de ce fonctionnaire lorsqu'il a effectué une radiation sans s'être assuré de la capacité de celui qui la consent; nous l'examinons en détail et sous un aspect plus général dans le chapitre VIII.

La radiation volontaire, régulièrement consentie, annule l'inscription et par suite l'hypothèque à l'égard des tiers, mais dans les rapports du créancier et du débiteur cette dernière demeure intacte et peut être encore inscrite; son rang sera celui de sa nouvelle inscription. Tel est l'effet normal de la radiation volontaire, mais l'acte de mainlevée

(1) Aubry et Rau III, p. 387, note 5, § 281. Laurent XXI, n° 157 et s. Duranton XX, n° 185 et s. Pont V, n° 1075 et s. Sur le principe, Bordeaux 22 janv. 1892. D. 92.2.128. Cass. 11 juillet 1889. D. 89.1.393. Sur la capacité de la femme française en matière de radiation. Rouen 13 janv. 1845. D. 45.4.107.

peut lui attacher d'autres conséquences, notamment l'extinction de l'hypothèque; tout dépendra de sa teneur (1). Dans la pratique on considère comme portant renonciation au droit de suite mais non au droit de préférence la mainlevée pure et simple accordée par un créancier hypothécaire à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Cass. 20 juin 1854. D. 59.1.224 (2).

b/ Radiation forcée

La radiation est forcée lorsqu'elle résulte d'un jugement; l'art. 2160 du Code Civil indique dans quel cas elle revêt cette forme. « La radiation doit être ordonnée par les tribunaux, lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été, en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits... d'hypothèque sont effacés par les voies légales.» Elle doit être également ordonnée, lorsque l'inscription étant elle-même irrégulière, le jugement en déclare la nullité.

Toute personne intéressée peut former une demaude à fin de radiation judiciaire : l'art. 357 ne distingue pas, en effet, entre celle-ci et la radiation volontaire. La demande sera intentée contre celui dans l'intérêt duquel est l'inscription, c'est-à-dire contre le créancier; elle sera portée, d'après l'art. 2159 du Code Civil, devant le tribunal de la situation de l'immeuble et à cette même règle, le même article apporte une exception qui n'a aucune application sous l'empire de notre loi foncière, puisqu'elle est relative à l'hypothèque judiciaire qui n'est pas admise.

La radiation sera opérée par le conservateur, sur la présentation de l'extrait du jugement l'ordonnant (art. 343).

(1) Les effets du rétablissement d'une rádiation annulée indûment sont exposés plus loin au sujet du recours en cassation.

(2) Aubry et Rau III, p. 369 § 281.

Mais ce jugement, pour être efficace, doit présenter certains caractères : il faut qu'il soit en dernier ressort ou passé en force de chose jugée ; c'est ce qui résulte de l'art. 2157 du Code Civil. Tant qu'il est susceptible d'appel ou d'opposition, il ne peut servir de base à la radiation : il incombe donc au requérant d'apporter, à l'appui de sa réquisition, la preuve que le jugement a été signifié et a acquis la force de chose jugée, en présentant au conservateur les pièces déterminées par l'art. 548 C. de Pr. La possibilité d'un pourvoi en cassation ou sa formation n'est pas un obstacle à l'exécution du jugement de radiation, car il a acquis par cela même qu'il est en dernier ressort, qu'il n'est plus susceptible d'appel ou d'opposition, la force de chose jugée. Mais que faut-il décider si, conformément à la loi, la radiation ayant été opérée en vertu de ce jugement, celui-ci a été cassé par la Cour Suprême ? L'inscription reprend-elle son ancien rang ? Cette question est vivement controversée.

Dans l'opinion la plus généralement suivie, on fait une distinction : l'inscription rayée demeurera inefficace à l'égard des créanciers inscrits postérieurement à la radiation (1). Ainsi le veut le principe de la publicité : au moment où ils contractaient, ils ignoraient l'existence d'une telle inscription, puisque dans le certificat des inscriptions grevant l'immeuble à eux remis par le conservateur, elle n'y avait pas figuré. Rétablir à leur égard l'inscription, serait aller à l'encontre de l'un des principes fondamentaux en matière hypothécaire et le mettre en péril. Il n'en sera pas de même à l'égard des créanciers déjà inscrits au moment de la radiation : ils connaissaient lorsqu'ils ont traité avec le débiteur l'existence de l'inscription et en faisant reprendre à celle-ci son ancien rang, on ne viole pas à leur égard le principe de la publicité. La doctrine et la juris-

(1) Contrà Persil, t. I, art. 2134, nr VI,

prudence françaises sont en ce sens. Mais cette distinction présente des difficultés sérieuses dans son application, lors de la collocation du prix d'adjudication : dans quel ordre s'effectuera la distribution, du moment que les créanciers inscrits postérieurement à la radiation, priment celui dont l'inscription radiée est rétablie, alors qu'ils sont primés eux-mêmes par les créanciers antérieurement inscrits? Duranton indique la solution suivante (1) : « On colloque d'abord les créanciers antérieurs au créancier radié, ensuite celui-ci ; après lui, les créanciers postérieurs en date, mais antérieurs à la radiation ; enfin, ceux qui se sont inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription ; mais ces derniers, et chacun suivant son rang, prennent, jusqu'à due concurrence, le montant de la collocation du créancier dont l'inscription avait été rayée. Il est vrai que de cette manière, ils sont payés de préférence à des créanciers qui leur sont antérieurs en ordre d'hypothèques, mais c'est un résultat de la position des choses ; ces derniers créanciers ne peuvent d'ailleurs pas s'en plaindre, puisqu'ils étaient primés par celui auquel les autres ont enlevé la collocation. Il doit peu leur importer quels sont ceux qui touchent le montant de cette collocation, puisqu'elle était antérieure aux leurs, on le suppose. »

Dans une autre opinion l'on expose que dans ce conflit le créancier hypothécaire, dont l'inscription a été indûment radiée, doit reprendre son ancien rang à l'égard de tous, sans aucune distinction. « Il a, dit Laurent, un droit ac-
« quis, un droit consacré par les décisions judiciaires qui
« l'ont maintenu, il doit donc l'emporter sur une inscrip-
« tion postérieure. Sans doute le créancier qui sera primé
« par une inscription rétablie dont il ne pouvait pas devi-
« ner l'existence pourra se plaindre de ce que la publicité

(1) DURANTON, XX, p. 318, n° 203.

« ne lui offre pas la garantie qu'elle devait lui présenter,
« la faute en est au législateur, il aurait dû suspendre l'ef-
« fet des décisions ordonnant une radiation jusqu'à ce que
« le délai du pourvoi fût écoulé ou jusqu'au jugement du
« pourvoi. Dans cette matière le pourvoi en cassation de-
« vrait être suspensif aussi bien que l'appel. Sur qui doit
« retomber la faute du législateur? Nous croyons que force
« doit rester au droit et aux décisions judiciaires (1). »

Cette opinion ne saurait être admise car elle viole d'une manière flagrante le principe essentiel de la loi du 1er juillet 1885 d'après lequel « tout droit relatif à un immeuble *n'existera* à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription (art. 342). Lorsque les tiers ont contracté l'inscription était radiée donc *inexistante* : elle ne pourrait par l'effet d'un pourvoi en cassation, que rien n'annonçait, renaître à leur égard. Voulant être équitable la solution de M. Laurent tombe dans l'excès contraire. C'est pourquoi nous nous rallions à la première opinion qui seule concilie les intérêts en présence et en tous cas respecte le principe de la publicité sans altérer en rien l'autorité des livres fonciers.

Nous croyons d'ailleurs que le créancier hypothécaire, dont l'inscription a été rayée en vertu d'un jugement, contre lequel un pourvoi en cassation est formé, peut trouver dans notre loi un moyen d'être à l'abri d'inscriptions qui seraient prises après la radiation et qui le primeraient, comme nous venons de le voir, quoique le jugement de radiation soit ultérieurement cassé. Ce moyen c'est celui de la prénotation. Bien que le législateur tunisien n'ait pas présenté une théorie d'ensemble des oppositions conservatoires (2) l'art. 53, qui les concerne, ne répugne pas, à notre avis, à être interprété dans un sens large : le créancier hypothécaire, dans notre espèce, pourra solliciter du pré-

(1) Laurent XXXI n° 197.
(2) Voir Suprà, p. 320

sident du Tribunal une ordonnance l'autorisant à prendre une prénotation en vertu de laquelle, mention sera faite dans le registre foncier et en regard du jugement de radiation, que celui-ci est frappé d'un recours en cassation. Dès lors, l'efficacité des inscriptions prises après l'inscription radiée sera subordonnée à l'issue du pourvoi : si le créancier hypothécaire triomphe devant la Cour Suprême il reprendra son rang à l'égard de tous ceux qui se sont inscrits postérieurement à la prénotation ; ces derniers ne sauraient s'en plaindre puisque l'insription conservatoire leur annonçait que la radiation n'était pas définitive.

La radiation forcée a pour effet, à la différence de la radiation volontaire, de rendre inexistante non-seulement l'inscription mais aussi l'hyppthèque : cela résulte de la nature des diverses hypothèses dans lesquelles l'art. 2160 C. C. suppose son application. Il y a cependant un cas, non visé d'ailleurs par l'art. 2160, où la radiation forcée ne porte pas atteinte à l'hypothèque : c'est lorsqu'elle est ordonnée pour anéantir une inscription irrégulière comme ne contenant pas les mentions exigées à peine de nullité, par exemple, la mention de la date de l'inscription (art. 369, L. F.).

La radiation peut-elle être consentie ou imposée pendant la tutelle ou le mariage lorsqu'elle est relative aux inscriptions des hypothèques forcées de la femme et du mineur ? A s'en tenir à l'examen du chapitre qui leur est consacré, on constate qu'il ne peut s'agir pour elles que de réduction : en aucun endroit il n'est question de leur radiation. Il semble dès lors qu'elles n'en sont pas susceptibles. Mais cette solution ne satisfait ni le droit, ni la raison : lorsque la loi foncière s'occupe de la radiation elle l'applique sans aucune distinction à toute inscription hypothécaire ; d'autre part, l'on ne comprendrait pas pourquoi une inscription, n'ayant pas de raison d'être par le fait de l'extinction de toute créance même éventuelle qu'elle garantit, ne pourrait pas être radiée sauf, le cas échéant, à être effectuée de nou-

veau si sa base renaît. Nous croyons par conséquent que la radiation des inscriptions des hypothèques forcées est possible : elle aura lieu, par application des règles de droit commun, en vertu d'une délibération conforme du Conseil de famille si l'hypothèque du mineur a été inscrite sur la spécialisation faite par ce conseil (art. 240-241) et en vertu d'un jugement dans le cas visé par l'art 243. Il en sera de même de la radiation de l'inscription de l'hypothèque forcée de la femme : selon que son inscription a été opérée sur la base d'une convention ou d'un jugement, la mainlevée résultera d'une convention ou d'un jugement.

3° De la Réduction

La réduction peut avoir pour objet de limiter la garantie hypothécaire à une somme moindre que celle mentionnée dans l'inscription de l'hypothèque : elle a alors lieu généralement à la suite d'un paiement partiel ou d'une remise également partielle de la dette. Elle peut avoir aussi pour objet de limiter à certains immeubles seulement, l'hypothèque qui est inscrite sur plusieurs. Examinons chacune de ces hypothèses.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, si la réduction tend à diminuer le montant de la créance inscrite elle peut-être volontaire ou forcée, elle peut résulter d'une convention ou d'une décision judiciaire. Le débiteur, qui a effectué un paiement partiel accepté par le créancier, peut, à moins de convention contraire, obtenir un jugement ordonnant la réduction de l'inscription. Celle-ci, en effet, n'est plus, par le fait du payement partiel, la représentation exacte de la créance hypothécaire, et il est conforme au droit autant qu'équitable que le débiteur ait le droit de la rendre telle. L'inscription sera réduite dans ce sens par le conservateur au moyen de mentions sommaires faites sur le registre des titres de propriété et sur la copie du titre (arg. art. 351-353-354).

Lorsque la réduction s'applique aux immeubles, on suppose que pour la garantie d'une somme détérminée, il a été pris diverses inscriptions sur *divers immeubles* et qu'à la suite d'un paiement partiel ou de toute autre cause il se trouve que la valeur des immeubles est de beaucoup supérieure au montant de la créance. La réduction, en opérant la radiation de quelques inscriptions, affranchit les immeubles qui en étaient grevés et limite l'hypothèque à ceux-là seuls sur lesquels des inscriptions subsistent. Ceci étant il va de soi que lorsque l'hypothèque est conventionnelle une telle réduction ne peut être consentie que par le créancier : une décision judiciaire qui l'ordonnerait violerait la convention qui est la loi des parties et les principes de l'indivisibilité de l'hypothèque; il ne saurait s'agir ici donc d'une réduction forcée. Il en est autrement pour ce qui concerne les hypothèques forcées, ainsi que nous l'avons déjà exposé : les art. 241-245, autorisent le mari ou le tuteur, lorsque les garanties sont devenues excessives à en demander judiciairement la réduction (1); dans ce cas elle sera accomplie par la radiation des inscriptions déterminées par le jugement.

La réduction, ayant pour effet de modifier la condition de l'inscription et dans certaines hypothèses de l'anéantir, est soumise aux règles prescrites par l'art. 343 et doit notamment être opérée sur la remise des pièces qu'il détermine.

(1) Voir Suprà, chapitre des hypothèques forcées p. 187 et 203.

CHAPITRE VIII

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DU CONSERVATEUR

§ I. — Des registres et de leur publicité

L'organisation matérielle de la publicité se réalise par l'institution des livres fonciers : la loi du 1er juillet 1885 en indique le nombre et l'objet. Elle distingue les registres dits des remises ou registres d'ordre, et les registres de forme.

I. — On comprend sous la première dénomination :

1° Les registres des formalités, préalables à l'immatriculation, qui ont été accomplies c'est-à-dire le dépôt de la réquisition et l'indication de l'extrait qui en a été publié dans le « Journal Officiel », les avis de bornage, etc.

2° Les registres de dépôt où seront constatées, par numéro d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront, les remises des décisions du Tribunal mixte ordonnant l'immatriculation celle des documents à fin d'inscription, de transcription, de saisie et généralement de tous actes ou écrits à inscrire, transcrire ou mentionner. Ce dernier registre est arrêté chaque jour par le conservateur (art. 344). Il sera tenu en double (1) et l'un des doubles sera déposé

(1) Le dépôt du double du registre dont la tenue est prescrite par l'art. 345 est effectué par le conservateur dans le délai fixé par la loi. Le jour même de la réception du registre le greffier dresse acte de la remise et il en fait parvenir le récépissé au conservateur. Le tout a lieu sans frais.

Les doubles des registres sont gardés au greffe sous clef. Il est interdit au greffier d'en donner connaissance à toute autre personne qu'au président du tri-

sans frais et dans les trente jours qui suivent sa clôture au greffe du Tribunal de 1re instance de Tunis. Nous avons indiqué plus haut (1) l'importance de ce registre : c'est d'après l'ordre qui y est indiqué que les inscriptions sont opérées sur le registre des titres de propriété et ont par suite leur rang. Ce registre de dépôt n'a cependant aucune autorité à l'égard des tiers pour lesquels l'inscription n'a d'autre rang que celui indiqué sur le registre des titres de propriété : les requérants qui éprouvent un préjudice de ce que le conservateur n'a pas respecté l'ordre du registre des dépôts n'ont que la seule ressource de mettre en jeu la responsabilité de ce fonctionnaire (art. 377-3°). La loi leur donne un moyen de prouver cette irrégularté en leur permettant d'exiger lors du dépôt et pour chaque document déposé une reconnaissance qui reproduira la mention du registre des dépôts et où il sera rappelé le numéro d'ordre sous lequel cette mention a été portée (art. 346). Il est à peine besoin de remarquer que si l'inscription est effectuée au moment même où la réquisition est présentée, la reconnaissance ne présente plus d'intérêt : elle est suppléée par la remise à l'intéressé de l'une des pièces qui ont été la base de l'inscription, au pied de laquelle il est fait mention que l'inscription a été opérée (art. 343 in fine). Dans les cas où elle est délivrée, la reconnaissance sera écrite sur papier timbré (art. 20 du décret du 14 juin 1886 modifié par celui du 16 mars 1892).

II. — Le registre de forme est le registre des titres de

bunal, au Procureur de la République, au conservateur de la propriété foncière et aux agents spécialement désignés par le Résident Général.

En cas de destruction des registres de dépôt les doubles conservés au greffe sont immédiatement remis contre récépissé au conservateur qui procède à la reconstitution des registres sans qu'il puisse en résulter aucune charge nouvelle pour les parties. Cette reconstituton aura lieu dans la même forme dans le cas de destruction des doubles gardés au greffe.

(Règlemet sur le service de la conservation foncière. Décret du 12 ramadan 1303 (14 juin 1886) art. 19.

(1) V. Suprà, p. 242

propriété (art. 45). C'est le livre foncier imité du registre matricé de l'Act Torrens. Il y est réservé un feuillet pour chaque immeuble où se trouveront inscrits tous les actes de nature à modifier sa condition juridique.

A côté de ce registre des actes de propriété dont les énonciation seules ont force probante la loi crée : 1° une table alphabétique des titulaires des droite réels, des baux inscrits à la conservation de la propriété foncière ; 2° une table alphabétique des titres de propriété contenant l'indication des numéros sous lesquels ils sont inscrits et l'état civil de chaque immeuble qu'ils concernent (art. 347). Ces deux répertoires ont pour but de faciliter les recherches.

L'ancien texte de l'art. 347 exigeait en outre « un répertoire dans lequel seront portées, par extrait au fur et à mesure des actes, sous le nom de chaque immeuble faisant l'objet d'un titre de propriété les inscriptions qui le concernent. » La loi modificative de 1892 l'a supprimé, à juste motif, puisqu'il faisait double emploi avec le registre des titres. Ce répertoire peut avoir sa raison d'être dans les législations qui admettent la péremption des inscriptions. Dans la loi foncière où la durée de l'inscription se calque sur celle de l'hypothèque il ne présentait aucune utilité et était plutôt la source de complications dans les recherches.

Tous les registres du conservateur doivent être côtés et paraphés par chaque page par première et dernière par l'un des juges du Tribunal (art. 349). Cette formalité sera remplie sans frais dans les trois jours de leur présentation (art. 18 du décret du 14 juin 1886 modifié par celui du 16 mars 1892). A la différence du droit français les registres ne sont pas soumis au timbre (art. 20 du décret précité cpr. art. 2201 C. C.).

Les registres de la Conservation foncière sont publics en ce sens que toute personne, sans qu'elle ait à exciper d'un intérêt quelconque, a le droit de prendre connaisssance des inscriptions qu'ils mentionnent en se faisant remettre par le conservateur un relevé soit détaillé soit sommaire. Ce droit est consacré par l'art. 352. « Le conservateur est tenu de délivrer à tous ceux qui le requièrent soit un certificat établissant la conformité des copies du titre de propriété avec le même titre soit copie littérale de toutes les mentions concernant un droit réel immobilier ou de celles qui seront spécialement désignées dans la réquisition des parties, soit certificat qu'il n'en existe aucune. Il pourra également délivrer sur réquisition expresse le relevé sommaire des inscriptions concernant un droit réel immobilier ; ce relevé ne sera fourni qu'à titre de simple renseignement et n'engagera point la responsabilité du conservateur ». Le certificat délivré par le conservateur doit satisfaire aux termes et à l'étendue de la demande qui lui a été faite (1). A cet effet, et pour éviter toute contestation à cet égard, la loi prescrit que toute réquisition sera inscrite datée et signée : si le requérant qui se présente à la conservation ne sait pas écrire, la réquisition sera remplie par le conservateur ; dans tous les cas elle devra être reproduite en tête des états ou certificats (art. 352) (2). Lorsque le requérant demande un certificat général des inscriptions concernant un immeuble, le conservateur, n'étant pas juge de leur validité, devra les mentionner toutes indistinctement, qu'elles fussent régulières ou irrégulières. Limoges 15 février 1842 Contrà Paris 23 novembre 1849. D. 52. 2. 146. En ce sens Aubry et Rau T. IV. p. 242 note 18 § 268.

(1) Sur cette question Voir Cass. 6 janvier 1891, S. 92. 1. 15, Cass. 5 avril 1894, S. 94. 1. 284.

(2) Ces principes ont été puisés dans l'instruction de la Régie française du 17 janvier 1841.

En dehors des cas prévus par la loi le conservateur ne peut ni refuser ni retarder la délivrance des certificats d'inscriptions sous peine de dommages-intérêts. Cela résulte de l'art. 353 qu'il faut combiner avec l'art. 2199 du Code Civil qui déclare additionnellement « qu'à défaut de quoi procès-verbaux du refus ou retardement seront à la diligence des requérants dressés sur le champ soit par un juge de paix soit par un huissier audiencier du Tribunal soit par un autre huissier ou notaire assisté de deux témoins ».

Comme le Code Civil la loi foncière restreint la publicité des registres, puisqu'elle ne permet d'obtenir, ainsi que nous venons de le voir, qu'une copie ou un certificat des inscriptions qu'ils contiennent, et non une communication directe. Ce système n'est pas satisfaisant : il est dispendieux et peu rapide. Certaines législations, celles de l'Espagne et de l'Italie (1) par exemple facilitent l'accès des registres sous la surveillance du conservateur : l'art. 2066 aliéna 1 du Code Civil italien dispose que les conservateurs sont obligés de permettre l'examen de leur registre dans les heures déterminées par les règlements sans préjudice du droit d'obtenir une copie des inscriptions.

La loi foncière fait cependant fléchir la règle en ce qui concerne certaines personnes. Aux termes de l'art. 348 le président du Tribunal et le procureur de la République pourront demander personnellement la communication sans déplacement des registres de la conservation.

§ II. — De la responsabilité du conservateur

Le conservateur des hypothèques joue un rôle relativement important dans l'organisation hypothécaire de la loi nouvelle ; il n'est pas comme en droit français simplement

(1) Pacifice Mazzoni. Istituzione di Diritto Civile Italiano. Firenze 1873. T. II, p. 486.

chargé d'enregistrer les décisions judiciaires ou les stipulations des parties : il a une mission plus élevée, partant plus délicate. Sans avoir à proprement parler à apprécier le fond même des actes qui lui sont présentés, ni à statuer sur leur validité au point de vue du droit civil, le conservateur est néanmoins armé d'un droit de contrôle étendu. Il est chargé non seulement de la rédaction des titres, de l'établissement de leur copie et de l'inscription des démembrements qui affectent la propriété, mais aussi de la vérification des éléments de la réquisition : il doit, par exemple s'assurer de la capacité des parties. Du pouvoir très large, des droits et obligations du conservateur découle sa responsabilité.

La responsabilité du conservateur peut être envisagée à un double point de vue : elle revêt le caractère civil lorsqu'elle est mise en jeu par un particulier et pénale quand elle l'est accessoirement à la première ou principalement d'office par le ministère public.

L'exécution des réparations ou amendes auxquelles le conservateur a été condamné est garantie par le cautionnement qu'il doit déposer lors de son entrée en fonctions, cautionnement affecté exclusivement à cette fin (art. 5 du décret du 14 juin 1886).

RESPONSABILITÉ CIVILE

C'est celle du droit commun dont le principe se trouve posé dans l'art. 1382 du Code Civil « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1) ». De ce texte il résulte que trois conditions sont essentielles pour engager la responsabilité du conservateur, pour donner droit à réparation civile. Il faut qu'il y ait :

(1) Sur cette application de l'art. 1382. Voir Cass. 16 avril 1883. D. 84.1.38 S. 85 1.487. Pau 30 décembre 1890. Journal conservation hypothécaire 1893, p, 206.

1° Faute personnelle du conservateur, c'est-à-dire « une négligence coupable et par conséquent imputable à celui qui la commet : elle suppose un fait dépendant de sa volonté ».

2° Un fait dommageable c'est-à-dire occasionnant un préjudice.

3° Un lien intime entre la faute et le préjudice en ce sens que celui-ci est la conséquence directe de celle-là. Il appartient au demandeur, est-il à peine besoin de le dire, d'apporter la preuve de l'existence de ces trois conditions, la faute et le préjudice ne se présumant point Bastia 16 juin 1890, D. 91. 2. 324.

Tel est le principe général et notre loi foncière en indique trois applications dans l'art. 377. « Le conservateur est responsable du préjudice résultant :

1° De l'omission sur ses registres des inscriptions régulièrement requises en ses bureaux.

2° De l'omission, sur les copies, des inscriptions portées sur le titre, sauf l'hypothèse prévue par l'art. 375.

3° Du défaut de mention, savoir : sur les titres de propriété, des inscriptions affectant directement la propriété ou l'enzel ; et dans les états ou certificats, d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes à moins qu'il ne se soit exactement conformé aux réquisitions des parties, ou que le défaut de mention ne provienne de désignations insuffisantes qui ne pourraient lui être imputées ».

Si la faute est commune au requérant et au conservateur celui-ci n'en est pas moins obligé de fournir une réparation, mais celle-ci devra être atténuée. Cass. 29 mars 1886, D. 87. 1. 480.

Relativement à la responsabilité du conservateur, l'art. 378 prévoit l'hypothèse où il aurait omis dans les copies du titre de propriété ou dans les certificats un ou plusieurs des droits inscrits qui devaient y figurer légalement : cet article décide que l'immeuble en demeure affranchi dans

les mains du nouveau propriétaire (1). Cette solution est conforme au principe de la publicité, base essentielle de la nouvelle loi. Il résout, en même temps, le point de savoir si le créancier hypothécaire omis perd, par cela même, son droit. « Néanmoins, y est-il dit, cette disposition ne préjudicie pas au droit des créanciers hypothécaires de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre ouvert entre les créanciers n'est pas devenu définitif ». Si le créancier a pu exercer ce droit à temps a-t-il une action en réparation contre le conservateur ? La solution négative n'est pas douteuse : elle est ordonnée par les principes d'après lesquels la faute est insuffisante à elle seule pour agir en indemnité lorsqu'elle n'a pas pour résultat un préjudice: ce qui est le cas. Cette interprétation est confirmée par le texte de l'art. 378 qui n'autorise la mise en cause de la responsabilité du conservateur que « s'il y a lieu » c'est-à-dire s'il y a fait dommageable.

Il y a un autre cas d'application de l'art. 1382, c'est celui de l'art. 353 ainsi conçu « Hors des cas prévus par la loi, le conservateur ne peut ni refuser, ni retarder une inscription, une radiation, réduction ou rectification d'inscription régulièrement demandée, la délivrance de la copie du titre de propriété aux personnes qui y ont droit en vertu des art. 51 et 52 de la présente loi et à toute personne, des certificats d'inscriptions sous peine de dommages-intérêts ». Ainsi *le refus injustifié* de satisfaire à une réquisition constitue une faute dont il est dû réparation par le conservateur.

(1) La même solution se trouve dans le Code Civil. Aux termes de l'art. 2198 : « L'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis dans ses certificats une ou plusieurs des charges inscrites en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains du nouveau possesseur pourvu, qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre ; sous préjudice néanmoins du droit des créanciers de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué ». Sur l'interprétation de ce texte V. Cass., 25 avril 1888. S. 89. 1. 49 — D. 89. 1. 102 — Douai, 8 mai 1891. — D. 92. 2. 541.

Mais il est cependant nécessaire, et cela résulte tant du principe de l'art. 1382 que de la combinaison des art. 353 et 377 (L. F.) que ce refus ait été la cause d'un préjudice pour le requérant.

La responsabilité du conservateur est limitée, quant à sa durée, par l'art. 6 du décret du 14 juin 1886. Tant que le conservateur est en exercice, le cautionnement demeure affecté au paiement des condamnations par lui encourues à l'occasion de ses fonctions : l'action en responsabilité dans ce cas s'éteint conformément au droit commun, c'est-à-dire au bout de 30 ans. Lorsque le conservateur a cessé ses fonctions, elle se prescrit au bout de dix années, à partir du jour ou il les a cessées, « passé lequel délai, les biens servant de cautionnement seront affranchis de plein droit de toutes actions de recours qui n'auraient pas été intentées dans cet intervalle ».

Le deuxième paragraphe de l'art. 6 du décret précité détermine un domicile légal relatif aux actions excercées contre le conservateur. « Le préposé à la conservation aura domicile dans le bureau où il remplira ses fonctions, pour les actions auxquelles sa responsabilité pourrait donner lieu. Ce domicile est de plein droit; il durera aussi longtemps que la responsabilité du préposé; toutes poursuites à cet égard, pourront y être dirigées contre lui, quand même il serait sorti de place, ou contre ses ayants-cause ».

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Aux termes de l'art. 379, « le conservateur est tenu de se conformer dans l'exercice de ses fonctions à toutes les dispositions de la présente loi, à peine d'une amende de cent à deux mille francs pour la première contravention. En cas de récidive, l'amende sera doublée et la destitution pourra même être prononcée; le tout sans préjudice des dommages-intérêts des parties lesquels seront payés avant l'a-

mende (Cpr. art. 2203 C. C). L'art. 380, visant un cas spécial, porte que « les mentions de dépôts sont faites sur les registres, de suite, sans aucun blanc, ni interligne, à peine contre le conservateur de cinq cents à trois mille francs d'amende et de dommages et intérêts des parties, payables aussi de préférence à l'amende (Cpr. art. 2203 C. C).

Pour l'examen de la responsabilité des conservateurs, les tribunaux ont, par la nature même des conditions d'application de l'art. 1382 du Code Civil, un large pouvoir d'appréciation. Indiquons à cet égard, l'esprit qui, d'après Grenier cité par Troplong, doit présider à cet examen « Les « devoirs qui sont imposés aux conservateurs sont très pé- « nibles et les suites en seraient funestes pour eux si l'on « n'apportait un juste tempérament dans l'application des « lois qui les concernent. On doit d'autant plus être animé « de cet esprit que la responsabilité est une espèce de peine « qui de sa nature, mérite plutôt d'être adoucie que d'être « aggravée. Aussi les conservateurs ne doivent subir une « condamnation en garantie qu'autant que l'omission ou la « négligence qu'on leur impute, est une contravention po- « sitive à ce qui leur est prescrit et qu'il en résulte une « déchéance irréparable contre un créancier ou un acqué- « reur ». Ce principe d'interprétation de la responsabilité des conservateurs, admis par toute la doctrine, trouve une double raison d'être en Tunisie dans les difficultés d'application d'une loi née d'hier et dans le choc des nationalités diverses qui composent la population.

CONCLUSION

LE CRÉDIT FONCIER

CONCLUSION

LE CRÉDIT FONCIER

S'il est une institution dont la création réunirait l'unanimité des suffrages des diverses fractions de la Colonie c'est bien celle du crédit foncier.

Lorsque fut promulguée la loi du 1er juillet 1885 qui, au système rudimentaire et défectueux du droit musulman tunisien, opposa un régime d'immatriculation donnant à la propriété et au crédit hypothécaire une base sûre et inébranlable, l'on pouvait espérer qu'un grand mouvement économique, né de futures transactions, allait se prononcer. Il n'en a rien été jusqu'à ce jour : les capitaux français, malgré la sécurité absolue que leur procure la législation nouvelle, demeurent réfractaires à tout engagement, le loyer de l'argent continue à osciller entre le 6 et 10 % alors que sur le marché européen il atteint à peine le taux de 3 1/2 %. Il convient, pour y porter remède, de rechercher les raisons de cette défiance qui paralyse l'essor économique du pays et prive la propriété d'un instrument de crédit nécessaire pour le développement de son exploitation et de sa production. Ce sera notre conclusion.

Il est, tout d'abord, un obstacle certain à la diffusion des capitaux et à l'abaissement du prix de leur emploi : c'est la difficulté de réalisation du gage hypothécaire. Alors que grâce à l'expansion prodigieuse du commerce et de l'industrie, la richesse mobilière, sous la forme de rentes sur l'Etat, actions et obligations des sociétés, warrants, leur offre un débouché rapide et des voies de réalisation faciles, la propriété foncière se trouve soumise à une procédure d'expropriation longue et coûteuse. Aussi combien le capitaliste ne préfère-t-il pas au prêt sur hypothèque l'obligation de quelque grande société anonyme de chemin de fer qui, ainsi que le constate judicieusement M. Worms, « ne l'expose à aucune sur-« prise, lui offre une entière sécurité, lui procure le « payement régulier de ses intérêts et se prête par toutes « les modalités possibles de transmission, depuis le « transfert nominatif jusqu'à la forme au porteur, à l'im-« mobilisation du titre aussi bien qu'à sa négociation la « plus accélérée » (1).

Conviendrait-il, pour atteindre le but désiré, de réduire les entraves nombreuses que suscite l'exécution forcée ? Nous ne le pensons pas, estimant que la plupart d'entre elles constituent des mesures de protection, des garanties nécessaires : d'ailleurs, comme le disait Troplong, « quelque simple qu'on suppose la saisie immobilière, « qui est la sanction de l'hypothèque, il faudra toujours « des formalités assez lentes et même assez dispendieu-

(1) Voir sur ce point le remarquable discours de rentrée prononcé en 1887 par l'avocat général Daniel, à Bourges.

« ses pour arriver à l'expropriation. Le crédit n'est pas « le seul qui ait droit à des garanties, la propriété n'est « pas moins fondée à en réclamer... Or, pour que la pro- « priété soit efficacement garantie, il est indispensable « que le débiteur, qui l'affecte comme sûreté, trouve, « dans les formalités prudentes, la certitude que ses « créanciers n'abuseront pas de sa position, ne s'enri- « chiront pas injustement à ses dépens et feront vendre « son immeuble à sa vraie valeur. Il faut, de plus, des « précautions pour que la brusquerie des créanciers ne « trouble pas violemment la possession des tiers déten- « teurs et consente à entrer avec eux en compte de leurs « améliorations. Enfin les créanciers eux-mêmes doivent « être rassurés contre la crainte que l'un d'entre eux ne « s'empare, sans droit, du gage commun. Tous ces in- « térêts compliqués et divers ne sauraient être pris en « considération sans retarder la rapidité des poursuites « et par conséquent le payement de ce qui est dû ».

Mais en admettant même qu'il soit possible de réduire les formalités de l'expropriation forcée à leur plus simple expression, on ne se trouverait pas moins en présence de l'état fâcheux que l'on déplore parce que le mal a d'autres racines. Par sa nature même, en effet, la garantie que représente l'hypothèque a une valeur qui est dans une étroite dépendance de celle du fonds qu'elle grève. Elle suppose nécessairement, pour être agréée, que le capitaliste se trouve sur place afin de pouvoir juger par lui-même de la sécurité qu'elle lui assure au point de vue de son remboursement. Obstacle matériel, si l'on veut, mais qui n'en a pas moins son importance puisque

le capitaliste ne cherchera pas à l'aplanir en se servant d'un mandataire souvent insoucieux, toujours coûteux.

Telles sont les raisons que nous considérons comme étant les causes essentiellement déterminantes de l'éloignement des capitaux. Comme on le voit, elles n'infirment en rien la valeur intrinsèque de notre Loi Foncière et ne tiennent qu'à des considérations qui lui sont étrangères : un régime hypothécaire a réalisé sa fin lorsque, se coordonnant avec celui de la propriété, il assure aux prêteurs une sécurité complète. La seule conclusion à tirer des constatations qui précèdent est que la sécurité ne constitue pas, au point de vue de l'économie politique, un élément assez puissant par lui-même pour opérer la diffusion des capitaux : pour les attirer et les retenir à la sécurité il faut joindre la mobilisation du crédit. Cette mobilisation se présente sous les deux aspects que nous allons examiner.

La mobilisation du crédit par la concession de nombreuses facilités pour la transmission des dettes hypothécaires pourrait être d'un utile secours pour lutter contre le courant des opérations sur les valeurs de bourse : le capitaliste sera certainement mieux disposé à accepter un placement hypothécaire lorsqu'il a la certitude de pouvoir, dès qu'il le désire, rentrer dans ses fonds en cédant la créance garantie. Malheureusement les privilèges dont jouissent en Prusse les Pfandbrief et dans la ville de Brême les Handfesten ne sauraient exister qu'au détriment du principe fondamental de la publicité puisqu'ils doivent justement tendre à dépouiller de toute entrave les formalités de cession : à ce titre ils sont impra-

ticables sous l'empire de la loi foncière tunisienne. A qui, en cas de purge, le tiers détenteur ferait-il les notifications légales prescrites par les art. 275 et suivants, du moment que le registre foncier n'aura pas à indiquer les différents cessionnaires de la créance hypothécaire et notamment le dernier porteur?

La seule mobilisation du crédit, qui se concilie avec les principes de la législation nouvelle et remédie aux inconvénients que nous avons précédemment indiqués, est celle qui résulte de l'établissement d'une Société de Crédit foncier, c'est-à-dire d'un intermédiaire entre le capitaliste et le propriétaire foncier donnant à celui-ci les fonds dont il peut avoir besoin et au premier des lettres de gage auxquelles est attachée une aptitude circulatoire comparable à celle d'une valeur de bourse. C'est au nom de la Société que se trouve inscrite l'hypothèque et c'est également contre elle que s'exercent, le cas échéant, les formalités légales de la purge.

Les Sociétés de Crédit Foncier ont un double objet : 1° prêter sur hypothèque aux propriétaires fonciers des sommes remboursables soit à long terme par annuités, soit à court terme avec ou sans amortissement; 2° émettre des lettres de gage dites obligations foncières pour une valeur qui ne peut dépasser le montant des sommes dues hypothécairement par ceux qui empruntent à la Société.

Au point de vue de ces derniers l'institution d'une Société de Crédit Foncier n'offre que des avantages. Elle leur assure, en premier lieu, un taux moins élevé : se trouvant en rapport, par l'extension de ses opérations,

avec un nombre considérable de capitalistes, elle établit entre eux une concurrence active de laquelle résulte nécessairement un abaissement du loyer de l'argent. Elle procure, d'autre part, à ses emprunteurs un crédit à long terme avec l'avantage d'un amortissement insensible : la dette s'éteint progressivement par le payement d'une portion d'annuités en sus des intérêts, sous réserve du droit de l'emprunteur de se libérer par anticipation soit en totalité, soit en portion, moyennant une légère indemnité.

Les capitalistes, de leur côté, trouvent dans les lettres de gage ou obligations foncières un titre qui affermit à leurs yeux la solidité de gage hypothécaire, à raison de l'examen minutieux dont ce dernier a dû faire l'objet de la part de la Société de Crédit Foncier : ainsi se trouve anéanti l'obstacle à la diffusion des capitaux provenant de l'éloignement du capitaliste. Ces obligations foncières, répandues sur les marchés, constituent en quelque sorte un dédoublement du contrat hypothécaire intervenu entre l'emprunteur et la Société et équivalent à un engagement de celle-ci à rembourser, sous certaines conditions, la somme qu'elles représentent et d'en servir les intérêts jusqu'à l'échéance. Appuyées sur la garantie du fonds social, du fonds de réserve et de l'ensemble des immeubles hypothéqués elles peuvent, comme une valeur de bourse, se transmettre par endossement et même par tradition si elles sont au porteur, faisant entrer ainsi dans la circulation des capitaux que le contrat hypothécaire immobilisait entre les mains du créancier.

Des Sociétés de Crédit Foncier existent dans la plupart des États de l'Europe. En France, le Crédit Foncier fut institué par un décret du 28 février 1852. Il se résume en une grande société anonyme à laquelle un décret du 6 juillet 1854 donna une organisation semblable à celle de la Banque de France : un gouverneur, deux sous-gouverneurs et un Conseil d'administration qui fonctionne sous le contrôle d'une Assemblée générale composée des deux cents plus forts actionnaires. Le Crédit Foncier de France a un monopole dont le privilège s'étend sur tout le territoire et à l'Algérie (1) en vertu d'un décret des 11 et 14 mai 1860 : il n'exclut certes pas la création de sociétés commerciales privées poursuivant un but identique, mais alors que celles-ci sont assujetties au droit commun, il jouit de certains avantages résultant de la loi qui l'a organisé (2). C'est aussi le régime du monopole que l'Italie a consacré par une loi du 17 juillet 1890. En Allemagne, la libre concurrence est laissée à ces sortes d'opérations et les sociétés de crédit foncier y affectent des formes très

(1) En 1881, à côté et comme auxiliaire local du Crédit Foncier de France, s'est fondée en Algérie la Société anonyme du Crédit Foncier et Agricole d'Algérie, au capital de 60 millions, ramené depuis à 30 millions.

(2) Le décret de 1852 a simplifié, au profit du Crédit Foncier, la procédure de saisie-immobilière : suppression du délai de grâce pour le payement des annuités — plus de procès-verbal de saisie et de dénonciation de publication du cahier des charges, — abréviation des délais, — jugements déclarés en dernier ressort, — payement du prix avant l'ordre. Sur tous ces points : Voir DALLOZ, *Périodique*, sous « Société de Crédit Foncier de France. »

diverses : tantôt ce sont des associations de capitalistes, tantôt des associations mixtes d'emprunteurs et de capilistes.

Prêter à bon marché pour de longs termes sans autre restitution du capital qu'un amortissement confondu avec les intérêts, permettre au petit colon des dépenses d'améliorations et d'agrandissement de son domaine, sans l'inquiéter par l'approche d'un remboursement que l'élévation de l'intérêt et la modicité du revenu de la terre rendent souvent impossible, soustraire, en un mot, les emprunteurs aux exigences abusives des capitalistes, tels sont les avantages que procure la Société du Crédit Foncier, telle qu'elle se trouve organisée en France.

En présence des souffrances et des difficultés dans lesquelles se débat, au point de vue du crédit, la propriété immobilière, l'Administration du Protectorat ne saurait se désintéresser des résultats si appréciables de cette institution. La crise que traverse l'agriculture, d'autre part, s'est trop longtemps prolongée pour permettre d'entrevoir un revirement quelconque ; il est temps d'y remédier et de mettre le colon à même de se procurer, par voie d'hypothèque et à peu de frais, les ressources qui lui sont nécessaires pour améliorer son système de culture et augmenter son capital d'exploitation agricole.

Il ne tient qu'au Gouvernement de la Métropole de conjurer les conséquences de la situation actuelle en autorisant le Crédit Foncier à étendre à la Tunisie ses

opérations. Par la garantie qu'elle offre à raison de la tutelle de l'Etat et des règles strictes de ses statuts, cette Société sera un élément certain de prospérité pour la Régence et donnera une impulsion nouvelle à la colonisation.

Vu :
Le Président de la thèse,
P. LACOSTE.

Vu :
Le Doyen,
G. BRY.

Aix, le 5 février 1902,
Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
BELIN.

BIBLIOGRAPHIE

—◦—

André. — *Traité du régime hypothécaire.*

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français.*

Audinet. — *Principes du droit international privé,* 1894.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — *Hypothèques.*

Berge. — *La juridiction française en Tunisie,* Tunis 1895.

Besson. — *Législation civile de l'Algérie,* Paris 1894.

— *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris 1891.

Bompard. — *Législation de la Tunisie,* Paris 1888.

Challamel. — *Des procédés de mobilisation et de la réforme foncière,* 1888.

Challamel. — *Études sur les cédules hypothécaires.*

Cauwès. — *Cours d'économie politique,* 1893.

Cheik Mohamed Elbachir Ettouati. — *Recueil de notions de droit musulman et d'actes notariés* (traduction Abribat).

Cheik Mohamed Karoui Ibn Mustapha. — *Recueil de Fetouas* (consultations juridiques) texte arabe.

Coulon. — *Notes sur la jurisprudence en matière de propriété immobilière.*

Cambon. — *Loi foncière et règlements annexes.*

Cloes. — *Commentaires sur la loi Belge.*

Demante et Colmet de Santerre. — *Privilèges et hypothèques.*

Du Caurroy, Bonnier et Roustain. — *Privilèges et hypothèques.*

Dain. — *Le système Torrens.* Rapport au gouverneur général de l'Algérie sur l'application de l'act Torrens en Algérie et en Tunisie

ESTOURNELLES DE CONSTANT (Baron d') P. H. X. — *La politique française en Tunisie*, Paris 1891.

EBN ACEM. — *Tohfat* (traduction Houdas et Martel), Alger 1882.

RAD EL MOKHTAR et EDDOR EL MOKHTAR. — *Droit musulman* (texte arabe).

FRANCE DE TERSANT. — *Une conservation d'hypothèque sous le régime du livre foncier.*

FERRON. — *Étude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, Bordeaux 1897.

GILLARD. — *La constitution de l'hypothèque conventionnelle.*

GUILLOUARD. — *Traité des privilèges et hypothèques.*

GIDE. — *Étude sur l'act Torrens* (bull. de lég. comp. 1886).

GOGUYER. — *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*, Tunis 1885.

GRASSERIE (de la). — *Code civil allemand*, Paris 1897.

JOSSEAU. — *Traité du crédit foncier.*

LAURENT. — *Hypothèques.*

LEHR. — *Éléments de droit civil espagnol*, 1880.

LESCURE. — *Du double régime foncier de la Tunisie*, Tunis 1900.

MARTOU. — *Privilèges et hypothèques.*

MONTAGNON — *Des sociétés de crédit foncier*, 1886.

MAGNIN. — *Étude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers.*

MEDJELLA. — *Recueil de droit musulman* (texte arabe).

PACIFICE MAZZONI, — *Istituzione di Diritto civile italiano*, Firenze 1873.

PRIETO DOMINGO. — *Corso teorico pratico sinoptico, bibliografico de derecho civil espanol*, 1880.

SAUTAYRA et CHERBONNEAU. — *Droit musulman*, 1874.

SAUTAYRA et CHARLEVILLE. — *Code rabbinique*, 1868.

SAWAS PACHA. — *Théorie du droit musulman*, Paris 1898.

SEBAUT. — *Dictionnaire de la législation tunisienne.*

SIDI KHALLIL. — *Traduction Seignette*, 1878 et texte arabe.

SORBIER DE POUGNADORESSE. — *La justice française en Tunisie.*
TAOUDI. — *Commentaires de droit musulman,* texte arabe.
TASOULI. — *Commentaires de droit musulman,* texte arabe.
TERRAS. — *Essai sur les biens habous,* Lyon 1899.
THÉZARD. — *Privilèges et hypothèques.*
TROPLONG. — *Privilèges et hypothèques.*
VALETTE. — *Traité des privilèges et hypothèques.*
WORMS. — *De la propriété consolidée.*
ZEYS. — *Traité élémentaire de droit musulman algérien.*
— *Les juges de paix algériens.*
ZEYS et POMONTI. — *Législation de la Tunisie, 1902.*

Publications diverses

Conférences sur les administrations tunisiennes, Sousse 1899.
DALLOZ. — *Répertoire.*
SIREY. — *Recueil d'arrêts.*
ESTOUBLON. — *Jurisprudence algérienne,* 1830-1876.
Journal Officiel Tunisien.
Journal des tribunaux de la Tunisie (depuis 1889).
Loi foncière et règlements annexes, Paris 1890.
TILLOY. — *Répertoire alphabétique,* Alger depuis 1889.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS 9

PREMIÈRE PARTIE

Des hypothèques sur les immeubles non immatriculés
Droit musulman tunisien

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES 13

CHAPITRE PREMIER. — *Antichrèse et Vente à réméré.* (Rahn-el-Antifaâ et Bay-Ettounia ou Bay-el-Ouafa 19

§ I. Antichrèse (Rahn-el-Antifaâ) 22

Droits du créancier antichrésiste 23

Obligations du créancier antichrésiste 26

§ II. Vente à réméré (Bay-Ettounia ou Bay-el-Ouafa) .. 28

Nature et définition 29

Conditions de validité 31

Délai et effets 32

Droits et obligations des parties 34

CHAPITRE II. — Hypothèque (Rahnia) 37

Conditions de validité de la constitution d'hypothèque. 41

Biens susceptibles d'hypothèques 45

Etendue de l'hypothèque 48

Effets de l'hypothèque 49

Saisie immobilière 55

CHAPITRE III. — Aperçu critique 59

ANNEXE. — *Formules* 63

Formule d'acte de nantissement malékite établi pour un prêt 63

Formule d'acte de nantissement fourni pour une vente. 64

Formule d'acte de nantissement hanafite 65

Formule de Ketouba (contrat de mariage israélite) contenant stipulation d'hypothèque au profit de la femme 66

APPENDICE. — La réforme hypothécaire préconisée dans l'avant-projet 69

DEUXIÈME PARTIE

Législation comparée

Pages

Considérations générales 83
Section première : Groupe du système français 87
§ I. Législation française 87
§ II. Législation belge 96
§ III. Législation italienne 101
Section deuxième : Groupe du système germanique 107
§ I. Législation allemande 107
§ II. Législation espagnole 117
Section troisième : Groupe du système de l'act Torrens. 121

TROISIÈME PARTIE

Des hypothèques sur les immeubles immatriculés
Loi Foncière

Sources et historique de la Loi Foncière 131
Section première : Organisation générale du régime nouveau 137
Section deuxième : Étude spéciale de l'hypothèque 151
Chapitre Premier. — Des biens susceptibles d'hypothèques 155
1° La propriété immobilière qui est dans le commerce. 156
2° L'usufruit des immeubles pour le temps de sa durée. 160
3° L'emzel 165
4° L'emphytéose pour le temps de sa durée 168
5° La superficie 170
Chapitre II. — Des diverses espèces d'hypothèques 175
A. — Des hypothèques forcées 176
§ Ier. — Hypothèque forcée des mineurs et interdits. 180
§ II. — Hypothèque forcée de la femme mariée 192
I. — De la spécialisation qui se fait dans le contrat de mariage 194
II. — De la spécialisation qui se fait pendant le mariage 200

Pages

§ III. Hypothèque forcée et action en résolution du vendeur 204
§ IV. Hypothèque forcée du copermutant..... 210
§ V. Hypothèque forcée du copartageant 211
B. — Des hypothèques volontaires..... 213
§ I. Conditions communes à la constitution de l'hypothèque conventionnelle et à la constitution de l'hypothèque testamentaire..... 213
§ II. Diverses espèces de l'hypothèque volontaire ... 222
I. De l'hypothèque testamentaire..... 222
II. De l'hypothèque conventionnelle..... 223
Forme de l'hypothèque conventionnelle... 230
De l'hypothèque consentie pour un crédit ouvert..... 232

Appendice. — Des privilèges..... 237

Chapitre. III. — Du rang des hypothèques entre elles... 241

Chapitre IV. — De l'effet des hypothèques contre les tiers détenteurs..... 243
Validité des baux consentis sur l'immeuble hypothéqué 244
§ I. Payement..... 248
§ II. Délaissement 249
§ III. Purge..... 253

Chapitre V. — De l'extinction des hypothèqués..... 259

Chapitee VI. — Du mode de purger les immeubles des hypothèques..... 261
§ I. Qui peut purger?..... 262
§ II. Formalités de la purge 265
§ III. Option des créanciers hypothécaires. — Réquisition de mise aux enchères. — Adjudication. 275
§ IV. Hypothèses particulières..... 284

Chapitre VII. — De la publicité des hypothèques 287
§ I. En quel lieu l'inscription doit-elle être prise ?. 289
§ II. En quel temps l'inscription peut-elle ou doit-elle être prise?..... 290
§ III. De la réquisition d'inscription 296
§ IV. Des obligations du requérant une inscription.. 299

Pages

§ V. De la forme des inscriptions 309
§ VI. Des intérêts conservés par l'inscription 314
§ VII. Durée de l'inscription 319
§ VIII. De l'opposition conservatoire ou prénotation .. 320
§ IX. — De la rectification, radiation et réduction des inscriptions 323
1° De la rectification 323
2° De la radiation 324
a) Radiation volontaire 325
b) Radiation forcée 327
3° De la réduction 333

CHAPITRE VIII. — De la publicité des registres et de la responsabilité du conservateur 335
§ I. — Des registres et de leur publicité 335
§ II. — De la responsabilité du conservateur 339

CONCLUSION. — Le Crédit Foncier 347

ERRATUM

Page 33, avant-dernière ligne, *au lieu de* ruraux, *lire :* urbains.